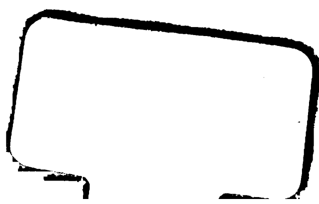


Apuntes sobre la historia externa y el tratado de accione





APUNTES

SOBRE LA

Historia externa y el tratado de Acciones

DEL

DERECHO ROMANO.

EDICION RESERVADA

PARA EL USO DE LOS ALUMNOS
DEL PRIMER AÑO DE ESTUDIOS DE LA FACULTAD
DE JURISPRUDENCIA.

M. Silva Santisteban
Lima Perú
—1895—

LIMA
IMP. TORRES AGUIRRE, MERCADERES 150.
11—1894

FOR TX
A

2/19/35

Proposición Nº 1.

SUMARIO—I. ORÍGEN Y NOCIÓN DEL DERECHO. —II. SU DIVISIÓN EN PÚBLICO Y PRIVADO.

I.

El orígen del derecho está en la naturaleza humana, individual y socialmente considerada.

En efecto: si examinamos ésta, nos persuadiremos de que el hombre es un ser eminentemente social y además impotente para realizar su destino sin en el concurso de sus semejantes.

El hombre tiene multitud de necesidades que satisfacer y lo hace con el empleo de medios que encuentra en su misma naturaleza, ó que dependen de la voluntad de los otros hombres, los que tienen que presentárselos para recibirlos á su vez, porque siendo la misma la naturaleza en todos los hombres, son también las mismas esas necesidades.

El hombre es un ser sensible, inteligente y libre, dotado de órganos materiales, que cumple su destino ayudado por la ley moral, que se lo señala y lo abarca desde que nace hasta que muere, desde la cuna hasta el sepulcro.

Las relaciones humanas pueden reducirse en principio á tres grandes grupos: relaciones del hombre para con Dios, para consigo mismo y para con sus semejantes.

La ley moral reglando las primeras, es *ley religiosa*, reglando las segundas es *moral individual* y reglando las terceras es *moral social y derecho objetivo*, según que esas relaciones del hombre con sus semejantes sean ó nó absolutamente indispensables para la realización del fin humano.

El derecho objetivo, ó absoluto, que como se vé es pues sólo una modalidad, un aspecto de la ley moral puede definirse; como la ley moral reglando las relaciones humanas en lo que se refieren á las omisiones ó prestaciones de carácter absolutamente indispensable para la realización de nuestro destino y dependientes de la voluntad de los demás hombres.

Esta es la noción del derecho objetivo, del derecho como ley, que la razón deduce del análisis de la ley moral; pero si examinamos suscintamente la naturaleza humana, sacaremos de ella la noción del derecho bajo su aspecto subjetivo, bajo su carácter de facultad.

En efecto: el hombre tiene como ya hemos visto, un fin obligatorio que realizar, y necesita para ello de medios que no tiene en su propia naturaleza, pero que dependen de la voluntad de sus semejantes: ahora bien, existen dichos medios y la exigencia de la naturaleza para emplearlos en la satisfacción de las expresadas necesidades, y de la asociación entre estas dos ideas, nace claro y evidente el poder de pe-

dir se nos proporcionen, ó el derecho como facultad, el derecho subjetivo que es, en resúmen: la facultad que tiene el hombre de exijir la omisión de aquellos actos y la prestación de aquellos medios, que dependiendo de la voluntad de sus semejantes, le son absolutamente indispensables para la realización de su fin.

Pero el derecho, ó la facultad de exijir seria del todo ilusoria, sino residiese en nuestros semejantes la necesidad ó la precisión de dar, originada por la unidad de la naturaleza humana y por la identidad de condición en todos los hombres, que les hacen experimentar las mismas exijencias. Esta necesidad de dar, que es correlativa al derecho de exijir, constituye la *obligación jurídica*, que no se concibe sin la existencia del derecho.

II.

Si consideramos el derecho, nó bajo el punto de vista de su evolución en el tiempo, sinó de las diversas relaciones sociales que tiene por objeto reglar, se vé que la ciencia jurídica se divide en dos grandes ramas pricipales: *el derecho público y el derecho privado.*

El primero, en su más lato sentido, abarca todas las relaciones que pueden establecerse de hombre á hombre y que derivan de dos causas: la coexistencia de los seres humanos dotados de una misma naturaleza, y las convenciones que éstos celebran libremente entre sí, para facilitar la consecución de su fin libre y particular.

A la primera categoría corresponden los derechos que tienen por objeto la conservación de nuestra persona física, y el respeto de nuestra personalidad moral; el derecho de propiedad, ó sea, el de usar, gozar y disponer libre y exclusivamente de los objetos materiales que adquirimos para satisfacción de nuestras necesidades; y en fin, el derecho general de defensa, que garantiza á cada uno la conservación de los derechos que ván indicados.

La segunda categoría comprende todos los derechos que emanan de la libre promesa que en cambio de una prestación ú omisión voluntaria y graciosa nos hace un tercero, y los que nacen de una obligación que un hecho, como la paternidad, há localizado en otro, lo que se llama derechos convencionales de obligación y derechos de familia, á los que se agrega, en fin, el de exijir el cumplimiento de las anteriores obligaciones, usando de los medios que la ley establece al particular. Tal es en suma el derecho privado que se llama así, porque se ocupa solo de las relaciones individuales y familiares.

El derecho público regla las del individuo con la asociación política de que forma parte. La sociedad no podría existir sin que en su seno se asegurara á cada uno el libre ejercicio de sus derechos, lo que se consigue solo definiendo y reconociendo dichos derechos, á la véz que organizando la fuerza social que los restaure en el caso de ser desconocidos, castigando su violación.

De aquí la existencia de los poderes públi-

cos, que son los Agentes á quienes la sociedad encarga las funciones de dictar las leyes, hacerlas cumplir y castigar sus infracciones. El derecho público reglamenta la constitución y atribuciones de esos poderes, al mismo tiempo que las relaciones de los individuos con cada uno de ellos y comprende en resúmen: el Derecho Político ó Constitucional, el Derecho Administrativo, la Organización Judicial y el Derecho Penal.

Se há dicho por algunos que el Internacional es una tercera rama del derecho público; más si se le examina en su verdadera comprensión y límites precisos, se notará que él en parte pertenece al derecho privado y en parte al público.

En efecto: el Derecho Internacional cuando regla las relaciones de particulares pertenecientes á dos ó mas Estados, solucionando los conflictos que la diversidad de leyes suscita y recibe el nombre de Derecho Internacional Privado, nó es evidentemente sino una variedad del derecho privado en general y guarda con él la relación de la parte con el todo.

De la misma manera: cuando son su objeto las relaciones de los Estados entre si ó las que existen entre los miembros de un Estado con otro, se le llama Derecho Internacional Público ó Derecho de Gentes y bajo este aspecto nó es sino parte ó mas bien dicho modalidad del derecho público en general.

Proposición Nº 2.

SUMARIO.—I. DERECHO PUBLICO Y PRIVADO DE LOS ROMANOS.—II. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE ÉSTE ULTIMO.—III. SUB-DIVISIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN ESCRITO Y NÓ ESCRITO.

I.

Los jurisconsultos romanos comprendieron perfectamente la división del derecho en público y privado y la precisaron en sus obras jurídicas. Para ellos el derecho *público* comprendía todo lo concerniente al Estado romano y el *privado* todo lo que se refería á las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí.

Es de advertirse que apesar del interés histórico que presenta el estudio del derecho público de Roma, él no tiene lugar determinado en los programas actuales de enseñanza, porqué su accion há sido de escasa importancia en el desenvolvimiento de las legislaciones posteriores.

Algunas partes del derecho público de otros países, como su organización judicial, tienen relaciones íntimas con el derecho privado y deben por tanto estudiarse con éste.

En cuanto al Derecho Internacional Público, apenas tuvieron los Romanos conocimiento de algunos de sus principios; y por lo que respecta al Derecho Internacional Privado, que puede decirse nació ayer, no tuvieron idea de él, que

se nos presenta como una ciencia del día, cuyo campo están al presente explorando y descubriendo los jurisconsultos de los pueblos que como Francia, Alemania, España é Italia, marchan á la vanguardia del progreso jurídico.

II.

El derecho privado es, como lo dice un eminente profesor francés «la obra mas original y « duradera del génio romano, al par que la mas « fecunda en resultados útiles á la Ciencia. »

Mucho se há debatido la cuestión de si debe ó no enseñarse hoy el derecho privado de Roma á los que se dedican al foro ó á los estudios jurídicos. Algunos quieren que este estudio desaparezca de los programas doctrinarios de las Universidades y otros pretenden que se limite solo á la exposición de esas instituciones romanas, que á la fecha sobreviven en los Códigos Civiles.

Lo primero es de todo punto inadmisible: porque si bien la romana es una legislación muerta que no cabe considerar como elemento de decisión en los litigios, debe conocerla en su estructura y detalles principales, quien aspire á poseer una educación jurídica completa. El derecho romano es la fuente de la mayor parte de las legislaciones europeas modernas y en especial del derecho civil francés y español, en los que se inspira á su véz el de toda la América-Latina, inclusive el nuestro.

Cedamos en el particular la palabra al Profesor de esta ciencia de la Universidad de Nan-

cy, quien en una obra recientemente publicada se expresa así: «El derecho romano aún después de la invasión bárbara, nó ha dejado de aplicarse en los países sometidos en otro tiempo á Roma y su acción há llegado á salvar los límites de la dominación romana. Durante la Edad Media gozó de un crédito universal y suministró el principio de todas las soluciones de los problemas jurídicos. Para los jurisconsultos constituía la revelación de un arte y de una ciencia perfecta que el legislador y el juez debían conocer.»

«En cuanto á la ciencia moderna, le há ahorrado un tiempo precioso suministrándole resultados incontestables. Las teorías fundamentales sobre propiedad, servidumbres y obligaciones, están inspiradas en las doctrinas romanas. Remontarse á esas doctrinas, conocerlas en sus grandes rasgos y aplicaciones, es pues el complemento indispensable de todo estudio sério y profundo.

«Y este motivo práctico, añade el mismo autor, se halla justificado por consideraciones del órden filosófico. De todas las legislaciones antiguas, ninguna nos es tan conocida como la privada de los romanos: los monumentos que de ésta se conservan permiten conocer el desenvolvimiento del derecho en Roma desde su origen mas remoto y en todas sus transformacione. Cada institución del derecho privado puede ser conocida en su conjunto, cambios sucesivos, progreso y decadencia. Presenciando las variaciones y viscisitudes del derecho á travéz de doce siglos, el jurisconsulto comprende que nó

es un conjunto de principios inmutables, sinó que es susceptible de modificaciones y de este modo el espíritu humano se esfuerza en realizar lo mejor en la esfera de lo útil y de lo justo. Así tambien llega á deducir ciertas leyes generales de formación de las ideas jurídicas elevándose á la concepción filosófica del derecho.»

«En resúmen: el estudio del Derecho Romano así comprendido, se impone á todo espíritu celoso de las ventajas de una cultura jurídica superior.» [1]

Estos conceptos patentizan la importancia del curso en cuestión, que es necesario enseñar en nuestra Facultad de Derecho: porqué si bien el fin de ésta esta es formar Abogados que defiendan ante los Tribunales, éstos deben de conocer la fuente y fundamento de los derechos que alegan para expedirse con lucidéz. Téngase además en cuenta, porqué no conviene olvidarlo, que los jurisconsultos nacionales habrán de ser los que saliendo de las aulas universitarias con las ideas cardinales de la ciencia jurídica y con la preparación suficiente para estudiar con éxito, se consagren después á posteriores y mas profundas investigaciones, imposibles de todo punto cuando se desconoce el Derecho Romano que, como vá dicho, forma la primera época de la legislación civil patria.

---

(1) Entre las que hémos consultado en la conposición de estos lijeros apuntes, es la obra de Gaston May, la que mejores servicios nos ha prestado y de la que hémos traducido y estractado más.

III.

El derecho privado de Roma se divide en dos clases: *escrito* y *no escrito*.

Por derecho escrito se comprendía toda disposición emanada de la voluntad expresa del legislador y en este sentido formaban el derecho escrito las leyes, los plebiscitos, los senados-consultos, las constituciones imperiales, los edictos de los Magistrados y las respuestas de los jurisconsultos, de que nos ocupamos detalladamente en su oportunidad.

Las prácticas que introdujeron el uso y el consentimiento tácito del legislador, constituían el derecho no escríto.

Proposición Nº 3.

SUMARIO—I. HISTORIA EXTERNA.—II. SU DIVISIÓN EN DOS GRANDES PERÍODOS; **jus strictum** Y **jus gentium.**

I.

Bajo dos puntos de vista distintos debemos hacer el estudio del desenvolvimiento del Derecho Romano.

Somos de parecer que no basta á nuestro objeto explicar las instituciones jurídicas de Roma en sí mismas: es necesario además exponer el modo como las prescripciones del derecho se inpusieron á los particulares.

«La observación demuestra que existe un lazo íntimo y relaciones constantes entre el fondo y la forma del derecho; entre sus preceptos y la manera exterior de expresarlos.»

La historia externa tiene precisamente por objeto detallar cuales fueron en las diversas épocas las fuentes de donde se derivó el derecho; las mudanzas de éstas y la parte de influencia que ejercieron sobre la suerte de aquel.

Es la historia externa, como se vé, lo contrario de la interna que se ocupa solo de las instituciones jurídicas en sí; y por tál razón un estudio suscinto de la primera, debe necesariamente preceder á las explicaciones que con mas extensión consagraremos á la segunda.

II.

La historia externa se divide en dos grandes períodos á cada uno de los cuales corresponde «una noción especial del derecho y un sistema jurídico propio, con caracteres perfectamente definidos»

El primer período, que es el *jus strictum* ó sistema del derecho estricto, comprende desde los primeros tiempos de Roma hasta la caída de la República. El caracter severo, formulista y esclusivamente romano, caracterizan el derecho en esta época.

Con la aparición del Imperio comienza el segundo período, ó sea el *jus gentium*, en el cual el derecho deja de ser sólo nacional para convertirse en principio mas universal, al par que ménos formulista y severo.

La sucesión cronológica de los sistemas enunciados, obedeció á las profundas transformaciones que se efectuaron en el órden político del pueblo romano. Es de notarse empero, que ellos casi coexístieran siempre, porque los rasgos característicos del *Jus gentium* se presentaron antes de que el *Jus strictum* alcanzara su total desarrollo y este último conservó gran parte de su acción durante el Imperio. La claridad y el método de la exposición, son los motivos únicos que nos llevan pues á explicarlos separadamente.

Proposición Nº 4.

SUMARIO—I. **Jus strictum:** PRIMITIVAS IDEAS DE LOS ROMANOS.—II. CARACTERES DEL DERECHO EN ESTE PERIODO.

I.

Es necesario indicar, á grandes rasgos desde luego, la noción primitiva que del derecho tenían los romanos; porqué á esta primera concepción se debe en mucho los caracteres originales del *Jus strictum* y sus variaciones posteriores.

El derecho «*Jus*» era por entonces el conjunto de principios á los que el ciudadano debía sujetar su conducta con los demás.» El derecho sacaba toda su fuerza y caracter obligatorio de

la conformidad entre los conciudadanos, ya fuera tácita ó expresa: en el primer caso provenía de una antigua costumbre; en el segundo, de la voluntad de los ciudadanos expresada por la ley.

II.

El derecho, cualquiera que fuese su fuente, aparecia en este período acompañada de los siguientes caracteres: primero, *el esclusivismo*, es decir, no era aplicable sino á los ciudadanos romanos.

No es solo Roma sino todos los pueblos antiguos, que tenían una noción estrecha de la ciudad, quienes nos descubren ese derecho esclusivista de los primeros tiempos.

En segundo lugar, y como consecuencia de su primordial caracter, el derecho romano no reconocia, sinó que rechazaba el derecho de todos los pueblos en lo que se contrapusiera á él; y 3o reproducía exacta y fielmente las tendencias conservadoras, lógicas y formulistas del caracter nacional en ese período.

«El espíritu conservador de los romanos dice May, apenas se atreve á tocar las instituciones consagradas por una tradición antigua y recibe con timidéz las innovaciones. Los Romanos debieron luchar mas de una vez contra tal tendencia de su espíritu, que era un obstáculo á los progresos de la legislación. En este conflicto de aspiraciones opuestas, se encuentra la explicación de las sutilezas y rodeos ingeniosos que permitieron la reforma del derecho sin al-

terar su disposición primitiva. El derecho romano es además lógico, lo que dá fijeza y solidéz á sus instituciones».

«En fin, como todas las instituciones primitivas, el derecho en Roma es eminentemente formulista: es decir, llegó á ser visible por signos exteriores la manifestación de la voluntad de las partes, base de casi todos los actos jurídicos.

Proposición Nº 5.

SUMARIO.—I. **Fuentes del jus strictum:** LA COSTUMBRE, LA LEY Y LOS PLEBISCITOS.— II. LEY DE LAS DOCE TABLAS.—COMO SE REALIZÓ LA UNIDAD DEL DERECHO.

I.

El *jus scriptum* y el *jus non scriptum*, ó lo que es lo mismo, el derecho escrito y el no escrito, de que ya hemos hablado, fueron el orígen del derecho estricto ó *jus strictum*.

El derecho no estricto provino esclusivamente de la costumbre, es decir, «de ese conjunto de disposiciones no proclamadas por la autoridad legislativa, pero aceptadas por todos como reglas de las relaciones sociales.»

Fúndase la autoridad de la costumbre en la voluntad unánime de los ciudadanos expresada constantemente sin violencia y bajo la influencia de necesidades jurídicas.

Es ésta la manifestación más expontánea y verdadera del derecho de un pueblo: más como la engendran las necesidades, que son esencialmente variables, carece por fuerza de toda fijeza y se presta é la arbitrariedad, sin corresponder en muchos casos á los dictados de la justicia absoluta, en la que siempre deben procurar inspirarse los preceptos jurídicos.

De todos estos inconvenientes para la buena marcha y el progreso social; de todos estos peilgros ó amenazas contra la igualdad y libertad de los ciudadanos, carecía el derecho escrito que era: «el conjunto de preceptos del derecho formulados y publicados en un día determinado por la autoridad competente.» La publicidad de los tales preceptos, permitía á todos conocerlos á la vez que evitaba sus frecuentes cambios.

El derecho escrito reconoció como fuentes *la ley y los plebiscitos* de que pasamos á ocuparnos

La ley era: «la decisión tomada por la Asamblea general de los ciudadanos romanos.»

El modo de formar la ley varió en Roma junto con la constitución política; mas en el período que nos ocupa, correspondió su formación primero á las Curias y después á las Centurias.

Oigamos al ya citado May que dice: «*la ley curial* es la forma primitiva, la que corresponde á la más antigua organización política del Estado Romano, dividido en tres tribus, subdividida cada una en diez curias. La ley era propuesta al pueblo, es decir, á la Asamblea de las

treinta curias, por un magistrado (el rey ó el cónsul) que interrogaba al pueblo y le pedia su asentimiento á la proposición. El Senado sancionaba en seguìda la ley votada.»

«Las transformaciones introducidas por Servio Tulio en la organización política, y particularmente la división de los ciudadanos en cinco clases, compuesta cada una de cierto número de centurias, introdujeron una modificación profunda en el modo de vòtar la ley. La Asamblea de las Centurias resolvía sobre la proposición de aquella y de aquí el nombre de *ley centurial.* En teoría todos los ciudadanos, cualquiera que fuese su nacimiento ó su riqueza, tenían parte en la votación, mas las cosas estaban arregladas de tal modo que en realidad solo los nobles y los ricos eran llamados á tal función. A la vez que se daba á la edad, y por consiguiente á las tendencias conservadoras, una influencia que equilibraba la de la juventud, siempre más ardorosas por las nuevas ideas, la influencia patricia continuaba ejerciéndose, desde que se exijía siempre la sanción del Senado después de votada la ley.» (1.)

« Durante algún tiempo, gracias á la fuerza de la tradición, subsistieron las Asambleas Cu-

(1) En las asambles por centurias, votaban primero los nobles que formaban la privilegiada; después los ciudadanos de la primera clase, que éran los que tenían fortuna, y después las centurias que formaba el puéblo. Resultado de este sistema, era que si los caballeros y los ricos se ponían de acuerdo en la votación de una ley, éran mucho más numerosos que los plebeyos y podian á su antojo aprobarla ó rechazarla.

riales al lado de las Centuriales, pero poco á poco dejaron de reunirse las curias á medida que se borraba la distinción de razas en que reposaba su organización. Despojadas de sus atribuciones, no conservaron sino la facultad de revalidar ciertos actos como *la abrogación* y conferir el poder á los Magistrados. En la época de Ciceron, la Asamblea Curial era reemplazada por treinta líctores, presididos por el Magistrado. En cuanto á las Asambleas Centuriales, sufrieron en la República modificaciones tendentes á dar mayor participación en el voto á las clases ménos ricas; pero las mismas leyes centrales fueron reemplazadas en la práctica por otra forma legislativa: el plebiscito. »

« *El plebiscito* designa al principio la decisión tomada por la parte del pueblo romano, llamada la plebe. Esta formaba una casta de órden inferior, escluída de las funciones sacerdotales y de la magistratura, no pudiendo unirse á las familias patricias por matrimonio legítimo y viviendo lado á lado con ellas, sin tener los mismos derechos en la ciudad. La lucha de los plebeyos contra los patricios para adquirir la igualdad de los derechos políticos y civiles, dió nacimiento á esta nueva fuente del derecho escrito, llamada *plebiscito.* »

« La plebe, en sus asambleas, tomaba decisiones que sólo ligaban á los plebeyos, pero que más tarde, por la «*Ley Hortensia,*» fueron obligatorias á los patricios. Desde este momento, éstos que tenían el derecho de votar en las Asambleas populares en que la votación se hacía por tribus, procuraron tambièn hacer pre-

valecer su autoridad. Consiguieron que los Censores modificaran el principio de la división del pueblo en tribus sin tener en cuenta el domicilo: los patricios y los plebeyos ricos fueron inscritos en las treinta y una tribus rurales; la población plebeya de pobres y libertos fué incluida en las tribus urbanas, cuyo número quedó fijado en cuatro. Ahora bien: como se votaba por tribus, el predominio en los comicios permanecía aún en las clases ricas. Al fin de la República el plebiscito no es pues la obra exclusiva de la democracia, y esta fuente del derecho concluye por usurpar á la ley centurial su lugar y hasta su nombre. Las expresiones *ley* y *plebiscito*, son en adelante sinónimos.

II

La ley de las doce tablas, redactada por los diez Magistrados cometidos al efecto de un poder especial y aprobada por los Comicios Centuriales, es muy digna de especial mención por su antigüedad é influencia en el desenvolvimiento del derecho de Roma. Ella constituye el único ensayo de codificación general que en ese pueblo se intentara antes de las compilaciones de Justiniano; y aunque no ha llegado á nosotros en toda su integridad, podemos empero, por los fragmentos conservados en los escritos de los Jurisconsultos y de los escritores de entónces, apreciarla en su fisonomía y caracter general.

Los principios proclamados por la ley de

los Decemviros no son nulos como pretenden algunos historiadores; llevan por el contrario al más alto grado la manifestación del espiritu romano y son la codificación de las costumbres nacionales. Encierran disposiciones relativas á todas las materias del derecho: al político y penal, al derecho religioso, al privado y al procedimiento, como que tenían por objeto evitar la arbitrariedad é injusticia, que favorecía la carencia de una ley general escrita. A un derecho consuetudinario incierto, desconocido del vulgo y desigual, reemplazó una ley pública, fija, conocida por todos, que aseguraba derechos iguales.

La ley de las doce tablas que unificó el derecho romano, dándole el caracter de estabilidad y permanencia que debe tener siempre la ley y desterrando los abusos que originaba el juzgamiento por la costumbre, fué en lo político una de las primeras, sino la principal causa de la libertad de la plebe, que con la certeza de sus derechos, se independizó de la aristocrácia, única depositaria hasta entonces de las tradiciones jurídicas.

Esta ley fué considerada en Roma como la síntesis y expresión más acabada del derecho nacional, y apesar de los progresos de los siglos posteriores, siempre estuvo en vigencia, porque ni aún en la época de Justiniano, que reconoció su autoridad, fué abrogada formalmente.

Proposición Nº 6.

SUMARIO.—I. DERECHO CONSUETUDINARIO DE FORMACIÓN SECUNDARIA. —II. RESPUESTAS DE LOS PRUDENTES.—EDICTOS DE LOS MAGISTRADOS.

I.

«La fijación de las costumbres nacionales, dice un notable profesor francès, debía dar lugar en Roma á un fenómeno que se observa en la historia de todas las legislaciones. El derecho codificado no permanece estacionario; continúa desenvolviéndose y adaptándose á las necesidades siempre variables de la sociedad,» y en vez de ser esclavo, subordinado al texto expreso de la ley, completa ésta, la extiende á casos nuevos, y modera su aplicación restrinjiéndola á solo la esfera de lo justo.

Tales modificaciones no se deben al legislador: son la obra de los jurisconsultos y magistrados que dan vida con ellas á un derecho consuetudinario de formación secundaria, que es complemento del mismo derecho escrito.

La costumbre, que origina este derecho consuetudinario, más científico que el que emana sólo de los actos practicados y tácitamente consentidos, básase pues en la ley misma y reconoce como fuentes, las respuestas de los jurisconsultos y los edictos de los magistrsdos.

II.

Constituían las respuestas de los prudentes, los nuevos principios jurídicos que establecían los jurisconsultos, á los que se daba una importancia y un valor, que al presente, no tienen por varias causas; entre ellas, porqué hoy la Magistratura dá acceso á que la ejerzan todos aquellos que tienen las calidades que la ley exije para ser Magistrado, al paso que en tales tiempos era solo este cargo público el patrimonio de los patricios y de los pontífices.

La organización social primitiva del puéblo romano, escluía á los plebeyos de las funciones judiciales y los patricios podían aconsejar á los litigantes y guiarlos en la oscura y misteriosa tramitación de las procesos; todas las instituciones del derecho privado reposaban en el carácter religioso de la familia romana, que hacía necesaria la intervención de los pontífices para la práctica de actos civiles, como el matrimonio, la adopción, las sucesiones y otros, que daban al derecho un carácter político y religioso.

Fué en esa época tan grande la acción del jurista que en primer lugar era llamado por los Magistrados y litigantes á dar respuestas; en segundo término era él quien redactaba los contratos, las fórmulas y las actas; despues tenía el derecho de asistir á los litigantes delante del Magistrado, indicando las palabras solemnes que se debía emplear, lo mismo que los ritos sacramentales que había que cumplir; y en fin, enseñaba públicamente el derecho y es-

cribía las colecciones de fórmulas y de libros «Llamados, bajo estos diversos puntos de vista á aplicar el derecho escrito, tál como lo habian formulado las doce tablas, los jurisconsultos, respetando la letra de la ley, tuvieron el talento de no esclavisarse. Supieron aplicar y desenvolver las reglas, conciliàndo sus principios con las necesidades de la prática é introdujeron así nuevas reglas de derecho Este trabajo lleva el nombre de interpretación; y ésta, trasmitida de discípulo á discípulo por la tradición oral recopilada por los Magistrados y jueces, acabó por formar una nueva fuente de derecho.—Las respuestas de los jurisconsultos, que no fueron jamás objeto de promulgación legislativa, constituyeron pues parte del derecho nó escrito.

Los primeros y más célebres *jurisperitos* ó *jurisprudentes*, fuerón los miembros del Colegio de los pontífices; pero el derecho que era en sus manos y en las de sus discípulos, los patricios, una arma de dominación, conservaba por esto mismo un carácter misterioso que lo hacía inaccesible, como la religión, á los ojos de cuantos no estaban iniciados en sus secretos.—Solo los pontífices conocían los dias en que se podía proceder en justicia, (dias fastos) los ritos que era necesario observar ante el Magistrado, las fórmulas sacramentales que se debia pronunciar; de modo pues que el conocimiento del derecho quedaba oculto al vulgo y «como encerrado en los arcanos del Pontificado.»

Poco le duró empero al derecho esta misteriosa envoltura de que lo despojaron la admisión de los plebeyos al Pontificado, la publicidad

que éstos dieron á su enseñanza y el conocimiento general de las fórmulas del procedimiento y de los dias fastos y nefastos.

El primer Pontífice plebeyo, fué también el primero en dar respuestas á quienes fueron á consultar sobre puntos ó cuestiones de derecho; él fundó en Roma la enseñanza pública del derecho y seguido este ejemplo por sus sucesores, «poco á poco el estudio del derecho Civil tendió á hacerse una verdadera ciencia, la jurisprudencia, que conservó empero la sutileza y el misterio que debía á su orijen pontifical.»

III.

Era costumbre de los Magistrados romanos al asumir el cargo que se les confiaba, publicar una declaración, llamada *edicto*, en que anunciaban al público las reglas que se proponían seguir. Los pretores y los ediles-curules en Roma y los propretores ó procónsules en provincias, fueron los que principalmente hicieron estas declaraciones.

Entre los edictos son los más importantes los del Pretor ó Magistrado encargado de oir las demandas de los litigantes, organizar las instancias, absolver las cuestiones delante de los jueces privados y vigilar el cumplimiento de los fallos.

En los primeros tiempos solo hubo un Pretor; después por la gran afluencia de extranjeros á Roma, se hizo necesario crear otro para que entendiera de los litigios de éstos, por

manera que en lo sucesivo hubo dos clases de edictos: los del pretor urbano y los del pretor peregrino, nombres con que se distinguió en adelante á ambos funcionarios.

Señalaba el edicto los casos en que sería admitida la acción y las reglas que para sustanciarla había de seguirse.—El edicto, que aparecía escrito en letras negras sobre un fondo blanco, estaba expuesto al público y como debía rejir durante el tiempo de la Magistratura, se le llamaba perpétuo.

Aquí haremos notar que el Pretor tenía el derecho de variar su edicto, pero generalmente nó lo verificaba, en virtud de creerse ligado por sus propias declaraciones.—Poco duró no obstante este respeto y hubo de notarse que los Pretores, bajo pretesto de interés general, pero con la mira de favorecer á ciertos particulares, modificaron sus declaraciones en algunos casos, hasta que creciendo el abuso, tuvo que expedirse la ley Cornelia que prohibió variar los edictos.—Así hubo pues cláusulas del edicto pretoriano, que trasmitidas de año en año y de de Pretor á Pretor, acabaron por constituir un fondo tradicional común á todos lo edictos, que se llamó *edicto traslaticio*, nueva fuente del derecho consuetudinario.

Cuando el Pretor aplicaba simplemente la ley ó cuando completaba ó correjía el derecho civil, concediendo acciones ó excepciones que éste no consignaba, debía tener siempre en cuenta el sentimiento público y sus prescripciones tenían solo autoridad por ser la expresión de necesidades generales y aparecer sanciona-

das por el consentimiento tácito de los cuidadanos.

Los edictos, que nó eran nunca proclamados por la autoridad legislativa, forman parte del derecho nó escrito.

Además del edicto de los dos Pretores, existían el de los Ediles–curules de Roma, el de los Propretores ó Procónsules y el de los Cuestores. El conjunto de reglas de derecho que emanan de todos ellos, forma el *Derecho–Honorario*, que tiene también esta denominación por su orígen, que es el parecer de los Magistrados.

Al pretoriano se le llama también *Derecho–Honorario*, en atención á que los edictos pretorianos fueron su fuente principal.

Proposición Nº 7.

SUMARIO.—**Jus Gentium**; ORÍGEN Y DESENVOLVIMIENTO DE ESTE SISTEMA.

El círculo en que el derecho estricto encerraba las relaciones sociales y el esclusivismo que era el caracter dominante de este sistema, lo hacían del todo inaparente para un gran Estado, que como el romano se acrecentaba todos los días por la conquista.

El *jus gentium* estaba pues destinado á modificarse y su modificación obedeció, aparte de las enunciadas, á estas dos causas principales: las revoluciones interiores y las relaciones, ca-

da véz mas íntimas, que se establecieron entre Roma y los puéblos sometidos á su poder.

Para formarnos una idea cabal del modo como se efectuaron las transformaciones de que nos ocupamos, oigamos á Gastón May que con suscínta claridad habla así: «El antiguo derecho nacional tuvo que transformarse bajo la influencia de los sucesos políticos que causaron la decadencia de la aristocracia y el triunfo de hombres nuevos salidos de la plebe y aún de la esclavitud. El culto de los antepasados, la constitución de la familia, las tradiciones domésticas, el respeto de las costumbres de los mayores, el que se tenía por las tradiciones del hogar, iban debilitándose cada véz más, y esta desaparición de vínculos, que en otro tiempo servían para completar ó suavizar el derecho, hizo necesaria la intervención del legislador y la reforma de muchas instituciones jurídicas. Pero estos cambios que coincidían con las empresas del Imperio, no bastaban por si solos para dar al sistema del *jus strictum* una nueva dirección, ni alterar esencialmente sus caracteres.»

«Las influencias exteriores modificaron mas todavía el puro derecho romano, haciéndolo común á todos los pueblos y verdaderamente humano. En efecto, bajo la República, Roma entra en contacto con pueblos de civilización más antigua. El triunfo de sus armas la pone en relación con todo el oriente helénico. Ahora bien, las diversas naciones, especialmente las de la raza griega, dadas al tráfico mercantil, practicaban un derecho mas simple, mas

flexible, que respondía mejor á las necesidades del comercio. Los Magistrados que Roma enviaba á las provincias, dieron á conocer este derecho, que ellos aplicaban en el ejercicio de sus funciones. En Roma mismo el Pretor peregrino nó podía ignorarlo, pues éra la regla de las pocas relaciones internacionales entre particulares. De esta manera se introdujo la costumbre de oponer al derecho formulista, fruto de las costumbres y leyes nacionales, el derecho sin fórmulas, practicado por todas las naciones civilizadas: el «*jus gentium.*»

«Las instituciones de este derecho, que los romanos encontraban idénticas en todos los puéblos, eran los fragmentos del derecho primitivo dictado á la humanidad por la razon única del derecho de la naturaleza, tipo eterno de lo bueno y de lo justo.»

«Los filósofos lo confundían con el derecho natural y en él tuvieron orígen muchas instituciones consagradas por el derecho civil.»

En adelante la historia del Derecho Romano será la de la lucha entre el *jus gentium* y el derecho civil, en la que durante cinco siglos se producen fenómenos de invasión recíproca, hasta llegar á una felíz combinación de los méritos y bondades de cada uno de ellos.

El derecho civil se suaviza y desembarazándose de las formas anticuadas y de la inflexibilidad que lo caracterizaba, vá acercándose al *jus gentium* y penetrando en sus instituciones, que cobran así la precisión, solidéz y seguridad que les asegura, como á todas las obras romanas, una duración indefinida.

Esta fusión de ambos derechos llega á hacerse completa en tiempo de los Antoniños y Severos, y aparecen entónces los trabajos de los grandes jurisconsultos, que se conocen con el nombre de *derecho clásico*.

La creación de una nueva capital sobre las riberas del Bósforo, consagra mas tarde la separación definitiva de los imperios de Oriente y Occidente, y con esta medida aumentan los síntomas de una decadencia, que yá había comenzado á aparecer. Tál es en suma y á grandes rasgos la historia del orígen y desenvolvimiento del *jus gentium* en Roma.

Proposición Nº 8.

SUMARIO.—I. **Fuentes nuevas del Derecho:** DERECHO NO ESCRITO; DERECHO ESCRITO; SENADO-CONSULTOS; CONSTITUCIONES IMPERIALES.—II. EDICTOS DE LOS MAGISTRADOS; COMO MODIFICARON REALMENTE EL DERECHO. —III. RESPUESTAS DE LOS JURISCONSULTOS Ó PRUDENTES.

I.

En el periodo del «*jus gentium*», la costumbre conserva aún su autoridad, pero los efectos de esta fuente del derecho ván siendo cada véz ménos abundantes y el derecho emanado de las respuestas de los jurisconsultos y Magistrados, se transforma en derecho *escrito*.

Con la organización imperial, la ley primitiva
:l plebiscito estaban destinados á desapare-
', dejando paso á los Senado-consultos y á
Constítuciones imperiales, que son, en lu-
· de las primeras, las fuentes del nuevo de-
ho escrito.
á hemos visto que bajo el régimen de la
)ública, el Senado prestaba necesariamente
aprobación á las leyes propuestas en la
mblea de las Curias ó de las Centurias.
ste procedimiento subsistió miéntras que se
ieron los Comicios; pero cuando las Asam-
s políticas estuvieron reducídas al silencio,
ino á considerar como equivalente á una
el *Senado-consulto*, ó sea la decisión toma-
or el Senado.
proposición del *Senado-consulto*, que ema-
casi siempre del Emperador, recibió el
bre de *oración del Príncipe ó epístola* y co-
l Senado jamás rechazaba estas proposi-
s, el *Senado-consulto* se confundió en bre-
n la oración del Príncipe, que los juris-
ltos comentan en sus obras.
os *Senado-consultos*, convertidos en mate-
e derecho privado, son numerosos en los
rimeros siglos del Imperio; pero desapa-
á medida que se consolida el poder ab-
o y son reemplazados por las *Constitucio-
periales*».
nque los emperadores no estuvieron in-
los en todo el tiempo que duró el Princi-
de facultades legislativas, en virtud de las
enían como Magistrados supremos, con-
eron á crear el derecho con sus decretos

y rescriptos, edictos y mandatos, que se conocen con el nombre genérico de *Constituciones imperiales*, de las que damos á renglón seguido una brevísima idea.

Los *decretos* son las decisiones del Emperador en su calidad de juez que conoce de los procesos sometidos á su decisión.

Los *rescriptos* son las respuestas que dá á los particulares ó á los jueces que le consultan. Magistrado soberano, juzgando en última instancia sín apelación ante ningun tribunal para los fallos que expedía, era natural que se le reputase el primero de los jurisconsultos y que se apelara á sus luces para la resolución de las controversias jurídicas dudosas.

El Emperador en su caracter de juez supremo, podía como los Pretores, expedir *edictos* de caracter general obligatorio y tambien *mandatos*, como las instrucciones que sobre materias de derecho privado, daba á los funcionarios que le estaban subordinados.

«Por los rescriptos y decretos, dice el varias veces citado May, continuaron los Emperadores la obra de interpretación de los jurisconsultos. Al principio solo tuvieron estas decisiones una utilidad relativa, limitada al caso que las motivaba, pero después se les concedió el valor de ley general. Lo mismo ocurrió con los *edictos* y *mandatos*. En la época de los Antoninos, la fuerza obligatoria general de todas las decisiones imperiales es incontestable. Las reglas de derecho debidas á los Emperadores, forman parte del derecho escrito, porqué fueron objeto de promulgación oficial.

II.

En tiempo del Imperio, los edictos de los Pretores dejan de ser fuente del derecho para el porvenir, porqué los Pretores éran funcionarios subordinados y su iniciativa se vió paralizada por los Senado-consultos y por las Constituciones, limitándose desde entónces estos Magistrados á reproducir el edicto de sus antepasados, sin hacer innovación alguna.

Era necesario compilar y promulgar oficialmente los edictos que régian generalmente y esta fué la tarea que Adriano encargó al jurisconsulto Silvio-Juliano, quien reunió en un solo cuerpo las disposiciones de los Pretores urbano y peregrino, insertando á continuación las reglas del edicto de los Ediles-curules que estaban en vigencia para la venta de los esclavos y animales.

Este trabajo fué aprobado por el Senado que le dió fuerza obligatoria y lo llamó Edicto de Adriano ó Edicto perpétuo, para indicar así que era la compilación de los antiguos edictos anuales. Presúmese que el edicto provincial fué objeto de una recopilación análoga.

«No hay conformidad entre las consecuencias de la publicación del Edicto perpétuo. Probablemente conservaron los Magistrados el derecho de publicar edictos al tomar el cargo, pero no podían éstos ser diferentes del Edicto perpétuo. Si se presentaban casos nuevos ó dudosos, debían resolverlos conforme á los principios existentes ó solicitar un rescripto

imperial. El derecho honorario se encontraba pues, inmutablemente fijado, y en este nuevo sentido se puede decir que el edicto éra perpétuo. Este edicto no ha llegado á ser una ley ni ha entrado por consiguiente en el derecho civil; pero como su autoridad proviene del Emperador, nó del Magistrado, y se le concede fuerza obligatória, se puede comprender el derecho honorario en las fuentes del derecho escrito.»

III.

Cuando la ciencia se emancipó de la tutela pontificia en tiempo de la República romana, concedióse á todos los jurisconsultos el derecho de dar respuestas sobre las cuestiones jurídicas en que fuera consultado. Augusto restrinjió este derecho á solo algunos jurisconsultos, que eran los únicos que podian contestar en público y que formaron en adelante una clase privilegiada.

Los que gozaban del favor oficial, ejercian su profesion como delegados del Emperador y sus respuestas tenian la misma fuerza que los rescriptos del Príncipe.

Esto originó un desórden en el derecho por la diversidad de pareceres entre estos jurisconsultos oficiales y para remediar este estado de cosas, lesivo al derecho, Adriano expidió un edicto en el que disponía que los consejos y las opiniones de dichos jurisconsultos tendrían fuerza de ley, solo cuando fueran unánimes.

Desde este momento no solo las respuestas

sino todas las opiniones de los jurisconsultos oficiales, cualquiera que sea la forma de su expresión, entran en el derecho escrito, pues tal concepción equivale, en efecto, á una promulgación oficial aunque anticipada de sus decisiones.

Proposición Nº 9.

SUMARIO.—PRINCIPALES JURISCONSULTOS DE ESTE PERIODO.—SECTAS Ó ESCUELAS RIVALES.—II. JURISCONSULTOS CLÁSICOS.

I.

«El principio de este periodo está marcado por la aparición de dos jurisconsultos eminentes contemporáneos de Augusto: Marco Antistio Labeon y Ateyo Cápito. Este, apesar de su ciencia, estaba ligado á las antiguas doctrinas jurídicas; Labeon, al contrario, iniciado en las bellas letras y en las enseñanzas de los filósofos, hizo gala de una gran independencia de miras y no temió separarse de las doctrinas tradicionalos. Há dejado un número considerable de obras, cuyos fragmentos se encuentran en el Digesto de Justiniano. Su rival parece tener ménos producciones.»

Al rededor de estos maestros, como los llama Tácito; se agruparon muchos discípulos que acentuaron las divergencias que separaban á los Jefes de escuela, naciendo así dos sectas

rivales, cuya existencia se prolongó casi cerca de dos siglos, hasta la época de Marco-Aurelio.

Labeon tuvo por discípulo principal á Nerva, el padre, al que sucedió como jefe de la secta Próculo, que le há dado su nombre. Los jurisconsultos de esta escuela son llamados en efecto *Proculeyanos*.

A Cápito le sucedió inmediatamente su discípulo Sabino, que dió como Próculo su nombre á la escuela de su maestro y sus sucesores son conocidos con la denominación de *Sabinianos*.

No se crea que estas dos escuelas se distinguieron por sus métodos de enseñanza ó sus doctrinas; sus desacuerdos se revelan solo en cuestiones, de detalle, sin que puedan descubrir un principio único que dé la clave de todas sus disidencias.

II.

Entre los jurisconsultos de las dos sectas Gayo es el único que nos há dejado una obra completa. Vivió bajo Adriano y Antonio y quizá al principio del reinado de Marco-Aurelio; su nombre parece ser oscuro al comenzar y su reputación no se afianzó hasta después de su muerte.

Gayo há compuesto muchas obras de doctrina, figurando en primera línea las Instituciones, que hán servido de modelo á la Instituta de Justiniano. Solamente en 1816 se há descubierto el texto de esta obra, pudiendose decir sin exageración que el descubrimiento de las Institutas de Gayo, há permitido remontarse por

primera véz hasta los primeros años de la vida jurídica romana y que há sino el signo de una verdadera renovación de la ciencia del derecho de los romanos.

Después de Gayo las divergencias de las dos escuelas tienden á desaparecer. Los jurisconsultos nó se ligan yá á ninguna secta y sus doctrinas empapadas en un principio de eclecticísmo elevado, dan á la ciencia del derecho una amplitud y un brillo incomparables.

Entónces aparecen bajo Séptimo Severo y Alejandro Severo, los grandes jurisconsultos clásicos: Papiniano, Paulo Ulpiano y Modestino. Aquí se detiene la série de jurisconsultos célebres; despuès de ellos ninguna personalidad sobresaliente surje en la ciencia durante los años turbados y dificiles que separan el fin del reinado de Alejandro Severo del advenimiento de Dioclesiano.

La actividad creadora de los juristas se extingue desde este momento y es reemplazada por la de los Emperadores, en cuyo Consejo se elabora bajo la forma de rescriptos, decretos y edictos, el derecho del Bajo-Imperio.

Proposicion Nº 10.

SUMARIO.—ESTADO DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DESPUÈS DE LA DIVISIÓN DEL IMPERIO.

En la época clásica se efectuó la alianza del *jus gentium* con el *jus civile;* aunque en esta

combinación de elementos opuestos, predo:: naron todavía las severas ideas romanas.

Después del siglo III, la influencia del j· gentium se hace más notable en el sentido « la desaparición del antiguo derecho, y este n· vimiento termina por la acción combinada « tres causas: primero, por qué una constituci« expedida por Caracalla concedió el título «. ciudadano romano á todo súbdito del Imperi lo que generalizó la aplicación del derecho r· mano tendiendo á hacerlo más universal. P« otra parte esta medida facilitó grandemente l fusión del derecho romano con el derecho pr· vincial y el civil, dando lugar así á la introdu. ción de nuevas instituciones.

«Además: la división definitiva del Imper· en dos partes; la fundación de una segunda c. pital, rival de Roma, aseguraron el triunfo d· helenismo oriental y del espíritu provincial.»

«Desde este tiempo Roma cansada vé exti: guirse su actividad intelectual y productora, ; el derecho romano, si bien no desaparece d· Occidente, se vé obligado á acomodarse á la· costumbres é instituciones de los bárbaros, e: virtud de las cuales se trasforma y present: los primeros rasgos del derecho moderno.»

«Por último, el Cristianismo triunfante dá u· golpe terrible á la constitución de la socieda antigua y á todas las concepciones jurídicas que á ellas se refieren. El dogma de la frate: nidad é igualdad de los hombres, asegurand su triunfo, precipita el movimiento comenzad· por la filosofía griega y continuado por los ju risconsultos de la época.» De este modo el d·

recho pierde su carácter exclusivista, para hacerse lazo de unión universal.

La historia de las fuentes del derecho en el Bajo-Imperio, se divide naturalmente en dos períodos: en el primero que se estiende de Dioclesiano á Teodosio II, la división del Imperio fué definitiva, pero ella no se efectuó en el derecho que continuó siendo el mismo para los dos Imperios; después de Teodosio II, cambiaron por completo los destinos del derecho romano, así en Oriente como en Occidente.

En tiempo de Teodosio II la costumbre pierde en el Bajo-Imperio el resto de vitalidad que aún conservara, porque hacía tiempo que había cesado yá de crear el derecho.

Yá sólo las constituciones imperiales son fuente del derecho escrito, porque los emperadores absorven toda la actividad jurídica y sus decisiones, reciben el nombre de leyes. Se adopta por otra parte la costumbre de oponer á las leyes el derecho derivado de fuentes más antiguas, y esta oposición es muy digna de tenerse en cuenta, porque debía ejercer una influencia capital en los trabajos de codificación general que señalan el fin de la historia del Derecho Romano.

Sábese, y yá se ha dicho, que para los romanos el derecho escrito por excelencia, era la ley que no hacía sinó establecer cierto número de principios destinados á servir de base á las aplicaciones jurídicas; á inspirar á los juristas la idea de las aplicaciones lógicas que hicieran de su texto.

«Cuando terminó este trabajo de interpreta-

ción, dice May, la ley existió en teoria, pues en el hecho desapareció bajo el imperio de las interpretaciones y de la jurisprudencia que había creado. Este fenómeno, que se realizó desde los primeros tiempos con la ley de las Doce tablas, se reprodujo con todas las leyes posteriores, con el edicto y las más antiguas constituciones imperiales. Sucesivamente pues aumentan los materiales que componen el derecho, quedando solo fuera de éste las constituciones imperiales más recientes, que no habiendo podido aún ser trasformadas por la interpretación, subsisten en el estado de leyes.»

Es de presumirse, aunque no pueda comprobarse por ningún hecho la realidad de la suposición, que los jurisconsultos clásicos, (Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino), fueron facultados por los emperadores para responder por ellos. La tarea de los jueces, depués autorización semejante, hízose por demás árdua, obligados como estaban á tener en consideración para sus fallos, no sólo las opiniones de estos jurisconsultos, sinó la de los jurisconsultos oficiales más antiguos.

Estas dificultades preocuparon á Adriano, que por una constitución exijía la unanimidad de opiniones para resolver un punto de derecho, lo cual era muy dificil de constatar y muy encaminado á errores, que Teodosio II remedió en la ley llamada de las *Doce citas*. Por esta ley solo se reconoció la autoridad oficial de Papiniano, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino; dispúsose que en caso de unanimidad, éstas opiniones, harían ley; en el de desacuerdo la

haría la de la mayoría, siéndolo en caso de empate la opinión de Papiniano. Esta constitución fué promulgada á la vez en Oriente y Occidente, y suprimió para todos los jurisconsultos, á excepción de los cinco nombrados, el privilegio que en general les había concedido Augusto.

Desde Dioclesiano aumentan considerablemente las constituciones imperiales; los rescriptos y decretos tienen autoridad sólo sobre las personas para quienes se dán y no son objeto de promulgación y por los edictos, llamados en adelante *ley*, los Emperadores dictan disposiciones de caracter obligatorio general.

Como los rescriptos y decretos no se promulgaban, no eran conocidos y se hacía de día en día más visible la necesidad de reunir en un sólo cuerpo todas las constituciones imperiales, que se hizo por primera vez en el reinado de Marco-Aurelio y por el Jurisconsulto Papirio Justo, aunque se conocía un libro de Paulo que contenía decretos imperiales.

En el siglo IV Gregorio y Hermógenes formaron compilaciones de este género que llamaron códigos, nombre que se aplicó en adelante á toda colección de constituciones imperiales.

« Con Teodosio II los Emperadores entran por sí mismos en la vía de la codificación. Tomando por tipo los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, Teodosio publicó para el Imperio de Oriente una recopilación de todas las constituciones expedidas desde Constantino hasta su propio reinado y prohibió citar otro Código que el suyo. Este código dividido en seis libros de los que cada uno contenía cierto número de

títulos, ejerció gran influencia sobre el porvenir del derecho en occidente, donde aparece como la última manifestación de la actividad jurídica de los Emperadores. En Oriente, debía al contrario ser reemplazado bien pronto por las compilaciones de Justiniano.

Proposición N.º 11.

SUMARIO.—I. SUERTE DEL DERECHO ROMANO EN EL IMPERIO DE ORIENTE. COMPILACIONES DE JUSTINIANO.—II. EL CÓDIGO ANTIGUO.—III. LAS PANDECTAS.—IV. LAS INSTITUTAS.—V. EL CÓDIGO NUEVO Y LAS NOVELAS.—VI. APRECIACIÓN DE LOS TRABAJOS DE JUSTINIANO.

I

« El trabajo de codificación comenzado por Teodosio II fué continuado, dice May, y llevado más léjos en el siglo VI por el gran Justiniano. »

Este Emperador removió por completo las fuentes del derecho y su trabajo de compilación comprende: el Código, el Digesto ó Pandectas, las Institutas y las Novelas. El conjunto de estas obras se llama hoy cuerpo del derecho civil de Roma.

« El trabajo de Justiniano fué el último producto de la ciencia jurídica romana, el esfuerzo supremo de concentración del derecho en lu-

cha con la disgregación lenta, cuyos primeros indicios comienzan en el siglo III. Las compilaciones de Justiniano forman pues el complemento de la ley de las doce tablas y estos dos monumentos jurídicos testifican ó atestigüan las transformaciones profundas del derecho durante este largo intervalo. En los primeros tiempos, aparece empapado en el espíritu de las instituciones primitivas, más en el segundo contiene ya los principios esenciales del derecho de las sociedades modernas. »

II.

Justiniano conservó la diferencia entre el derecho y las leyes y su primer trabajo que se refiere á estas últimas, es la codificación de las constituciones imperiales, expedidas desde el tiempo de Adriano.

Este trabajo fué emprendido por varios Jurisconsultos dirigidos por Triboniano, los que se ayudaron con los Códigos de Gregorio, Hermógenes y Teodosio, de que ya hemos hecho mención.

Esta obra, que se ha llamado *Código Antiguo*, no ha llegado hasta nosotros como lo expresa Ortolán, pero se dividía en doce libros para perpetuar así el recuerdo de las doce tablas y conservaba á cada constitución el nombre del Emperador que la había expedido, la fecha de ella, el lugar de su promulgación y el nombre de la persona á quien había sido dirijida.

III.

Así como compiló Justiniano las constituciones ó leyes, quiso también compilar después el derecho ó las opiniones de los Jurisconsultos y lo hizo en la obra á que dió el nombre ya conocido entónces de *Digesto ó Pandectas.*

Triboniano y sus compañeros tuvieron pues el trabajo de escojer entre los escritos de los Jurisconsultos que les habían antecedido los pasajes que creyeron ser la expresión fiel del derecho en esas épocas, conservando á estos fragmentos el nombre del autor y la indicación de la obra de que habian sido sacados.

IV.

El Código y el Digesto eran recopilaciones muy considerables para poder ser fácilmente consultados por quienes no conocían la ciencia del derecho.

Justiniano hizo arreglar, bajo el nombre de *Institutas ó Instituciones*, una especie de compendio, que fué declarado obligatorio por una ley dada el mismo día que el Digesto. Los redactores de este trabajo se inspiraron en las institutas de Gayo, de las que conservaron el plan, las divisiones y el texto mismo, sin introducir mas modificación que los preceptos nuevos establecidos por Justiniano ó sus predecesores.

Las Institutas constan de cuatro libros; cada libro contiene cierto número de títulos, los que á su vez se subdividen en párrafos.

V.

Promulgado el Código Antiguo, expidió después Justiniano un gran número de constituciones que se hacía necesario insertar en aquel.

Este trabajo de fusión que ha llegado hasta nosotros, terminó en 534 y fué promulgado con el nombre de *Código nuevo.*

«Después de todo este trabajo de recomposición legislativa, Justiniano en los treinta años que aun reinó, expidió muchas constituciones que modificaron sensiblemente, pero solo en algunos puntos el derecho contenido en el Digesto, en los Códigos y en las Institutas.»

Estas constituciones escritas en su mayor parte en griego porque se referían á las poblaciones del Imperio de Oriente, no fueron objeto de colección oficial por parte de Justiniano ni de sus sucesores y se conocen con el nombre de *Novelas.*

VI.

La labor de la época de Justiniano que preparó indudablemente el campo de la ciencia jurídica para los progresos de las épocas posteriores, será de una importancia imperecedera para la humanidad; pero para apreciarla debidamente, es preciso juzgarla como un trabajo de codificación, y en este particular, vamos á ceder la palabra á un publicista francés que se expresa así:

«Es cierto que el primer pensamiento de una codificación de las leyes no pertenece al ilustre

Justiniano. En lo que concierne al derecho, se sintió mejor inspirado que sus antecesores, pues rompió definitivamente con la autoridad de los jurisconsultos investidos del poder de responder, dando á los compiladores el derecho de recurrir á los escritos de todos los jurisconsultos antiguos. El más grave reproche que se puede dirijir bajo este punto de vista á los encargados de este trabajo, es la falta de unidad de su obra, defecto que se traduce por antinomias ó contradicciones que no se cuidaron de hacer desaparecer.»

«También dejaron subsistir en el texto soluciones qué no estaban ya en vigor. En fin reproduciendo fielmente los escritos de los jurisconsultos, sus razonamientos, sus controversias y hasta sus mismas dudas, han hecho hablar á Justiniano el lenguaje del intérprete y nó el del legislador que ordena y no comenta.» En lugar de ser original y una la codificación justiniana, es una compilación de fragmentos preciosos, sacados de obras antiguas y que de otro modo se habrían perdido.

«Sinembargo se debe confesar que si el método que presidió á la composición del *corpus* y en particular del Digesto, merece crítica, há contribuido por lo menos á conservar importantes estractos de obras jurídicas. Por lo que hace al fondo mismo de las disposiciones del *corpus*, si se prescinde de lo tomado del derecho antiguo y se aprecia la obra propia de Justiniano, no se puede negar su mérito. Sin duda tiene defectos de redacción que caracterizan la época y un estilo en que la prolijidad y el en-

-asis disputan con la falta de lógica y de pre-
-isión; pero las decisiones se inspiran en miras
-levadas, que realizan progresos sérios y abren
la senda para nuevos adelantos.»

Consagra definitivamente la caída de varias instituciones, legados del antiguo derecho, que no estaban en armonia con las ideas de su tiempo; no hizo en verdad sinó sancionar los resultados adquiridos despues de una larga práctica, pero á la vez limpió el campo jurídico de todos los vestigios del derecho antiguo, preparando los moldes en que debía desenvolverse la legislación moderna.»

Proposición N.° 12.

SUMARIO.—DESTINO POSTERIOR DEL DERECHO ROMANO EN ORIENTE Y EN OCCIDENTE.

Las recopilaciones de Justiniano fueron escritas en latín, pero despues se tradujeron al griego y se parafrasearon.—Entre estas paráfrasis es digna de mención la que hizo Teófilo de las instituciones.

No obstante la oposición de Justiniano, los comentarios y compendios de sus obras se hicieron en lengua griega.—Despues de Justiniano sus sucesores dieron nuevas constituciones é intentaron hacer revivir las leyes antiguas, siendo Basilio el Macedonio el primero en em-

prender en el siglo IX esta tarea que termin- da por su hijo Leon el filósofo en el siglo X, e conocida con el nombre de Basilicas.

A partir de esta fecha, nó se encuentran sin resúmenes mas ó ménos imperfectos, vigentes hasta la caída del Imperio de Oriente.

«Pero miéntras que en el Imperio de Oriente el derecho romano se concentraba en un cuerp de doctrina que debía más tarde influir sobre las legislaciones occidentales, su fuerza de re- sistencia se amenguaba en los países que en otro tiempo formaban parte del Imperio de Occidente.»

«Los Bárbaros, que fundaron estados nuevos sobre sus ruinas, respetaron la ley de los ven- cidos, siendo así como el Código Teodosiano y las Novelas de Teodosio, continuaron forman- do el fondo de la legislación de occidente, al mismo tiempo que ciertos puéblos bárbaros, los Visigodos y los Burgundos, entre ellos, publi- caron leyes destinadas á las personas de orígen romano.»

El derecho de Justiniano se promulgó en Italia, pero apesar de ésto no fué muy usado ni penetró oficialmente en la Galia, donde fué sin embargo conocido, sobre todo el de las novelas

En estos tiempos el derecho romano deja de ser una fuente del derecho; más se le consulta como cuerpo de doctrina jurídica y en el se buscan los principios generales de legislación.

En este carácter conserva fuerza incontesta- ble, no solo en los países donde existe el dere- cho escrito, sinó aún en aquellos que rije el de- recho consuetudinario, en los que sirve de con-

rol ó moderador á las influencias germánicas · á las tendencias feudales.

Proposición Nº 13.

SUMARIO.—RESULTADOS DEL DESENVOLVIMIENTO DEL DERECHO ROMANO.

Al indicar los resultados del desenvolvimiento del derecho de Roma para concluir el estudio de la historia externa de esta ciencia, lo haremos á grandes rasgos y solo con el objeto de que se perciba su acción bienhechora sobre las legislaciones actuales.

En primer lugar, aunque en algo vinculados en la vida social el derecho y la religión, Roma fué la que inició en el mundo la distinción y separación de ambos principios, dando vida á un derecho secular que libre de las concepciones religiosas, pudo desenvolverse con provecho en el terreno de la verdad filosófica.

En segundo: el derecho privado, esclusivo para los habitantes de Roma al principio, como lo éra en todos los países de entónces para los naturales de ellos, se hizo despues lazo de humanidad, adquiriendo por este medio la universalidad que es uno de sus caracteres primordiales.

En tercero: el derecho romano llegó á ser rico en instituciones y por eso mismo complejo:

los derechos de familia fueron objeto de una reglamentación legal, mientras que en otro tiempo eran regidos mas bien por la costumbre que por las leyes.

«La desaparición de las concepciones antiguas relativas á la familia, asegura á ciertas personas derechos de los que hasta entónces estaban privados.» En lo que concierne á los derechos sobre las cosas, la legislación romana há hecho triunfar la noción de la propiedad esclusiva é individual y por lo que hace á obligaciones há contribuído eficazmente á establecer todos los principios sobre los que reposa y se apoya al presente la ciencia moderna.

Por último, al despojarse de su carácter formulista, facilitó grandemente la administración de la justicia. En la época clásica y mas aún en tiempo de Justiniano, la forma pierde yá esa importancia capital de otras épocas en la creación, trasmisión y extensión de derechos; ella subsiste solo en adelante en el procedimiento.

Véase, concluye el tantas veces citado May, la gran influéncia que un derecho tan simplificado há debido ejercer en el desenvolvimiento de las legislaciones modernas y cuanto há debido contribuir á acelerar lo maduréz de nuestras instituciones jurídicas.

ACCIONES.

Proposicion N.º 116.

SUMARIO.—I. OBJETO DE ESTA PARTE DEL DERECHO.—II. IDEAS GENERALES SOBRE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL.—III. EL PROCEDIMIENTO CIVIL.—IV. LAS ACCIONES.

I.

En esta última parte de nuestro curso, vamos á ocuparnos del estudio de las instituciones jurídicas de Roma, no examinando las leyes en sí mismas para deducir de ese exámen su bondad ó injusticia, ni para marcar su acción en las legislaciones posteriores, sinó para considerarlas bajo el punto de vista de su sanción práctica, porque nó es suficiente que la ley mande para que sea obedecida: precisa no menos que en toda legislación se consignen aquellas reglas que indican el camino ó marcan el proceder en los juicios, para restablecer el imperio de la justicia, ó rechazar las violaciones ó ataques que los particulares infieren al derecho de los otros individuos de la sociedad, con quienes viven en constantes relaciones jurídicas.

Siendo pues un hecho que á todo derecho corresponde una acción que le es correlativa y

que asegura su existencia sirviendo de sanción y defensa contra sus violaciones, vamos á estudiar en seguida las distintas acciones que consagraba el Derecho Romano, para la que nos ocuparemos de la organización judicial, y del Prodimiento civil de ese pueblo.

II.

La organización judicial en un país supone la existencia de una autoridad judicial; es decir de una autoridad investida por el Estado con la misión de juzgar las controversias que se susciten entre los particulares, haciendo ejecutar sus fallos por medio de la fuerza, caso de que su empleo sea necesario. La resignación de los representantes de la autoridad á quienes pertenece este poder y la fijación de la órbita en que ellos deben ejercerlo, conforme á las leyes, son los objetos primordiales de la organización judicial.

Esta materia entra, como se vé, en el dominio del derecho público; pero lo que precede es indispensable para concebir con precisión y exactitud, la noción de las reglas de procedimiento que están en una relación de dependencia necesaria con la organización judicial.

La existencia del poder judicial en un país, supone pasada una faz del desenvolvimiento de las que el individuo persigue por sí mismo la realización de sus derechos desconocidos: pues deja á que cada uno se constituya en juez propio realizando por sí mismo su derecho y siendo el ejecutor de su propia sentencia, acusa en

un país su estado de cultura rudimentaria, en que la civilización se encuentra en pañales, en que el desórden y la injusticia son frecuentes, en que el órden público se vé continuamente perturbado por las desavenencias entre los particulares, desde que el poder encargado de conservar ese órden no ejerce la más augusta de sus funciones, cual es, la administración de justicia.

Roma que desde sus primeros tiempos consultó y apreció debidamente todas las necesidades sociales y políticas de los pueblos, esmeróse en darles satisfacción debida y cimentó la organización judicial en un principio fundamental, cual era la repartición del poder judicial entre dos categorias de funcionarios; los magistrados y los jueces.

A los primeros, investidos de atribuciones políticas y de poder público, correspondía determinar y averiguar el objeto de los litigios poniéndoles fin inmediatamente si aquello era posible, de no serlo, debían remitirlos á los jueces, que apreciando las razones expuestas por las partes pronunciaban su sentencia ó fallo definitivo.

Conforme á este sistema, que prevaleció hasta el reynado de Dioclesiano, toda instancia civil constaba de dos faces que se denominaban *in jure* ó *in judicio*, según que se tratase de la intervención que en ella tomaba el magistrado ó el juez.

Con el emperador citado aparece un nuevo sistema judicial menos complicado y muy semejante al que se sigue hoy en todas las legisla-

ciones modernas; ya en vez de remitir los litigios al juez, el magistrado conoce y juzga de ellos, terminándolos con su fallo definitivo, de donde viene el nombre de procedimiento extraordinario que se dió á este modo de proceder subsistente con Justiniano.

Dedúcese de lo expuesto que para conocer la organización judicial de Roma en los primeros tiempos de su derecho y hasta la época de Dioclesiano, hay que distinguir entre los magistrados y los jueces que ejercen funciones distintas en ese largo período de tiempo; mientras que en el Bajo-Imperio bórrase yá esta distinción y se confunden ambas atribuciones en un solo funcionario encargado de investigar y discernir la justicia.

III.

Concíbese con claridad que nó es suficiente que en un pueblo exista una autoridad judicial para que la justicia sea bien administrada; es menester además que haya un conjunto de reglas destinadas á fijar la marcha de los procesos y cuyas disposiciones abrazen así á las partes que litigan, como al funcionario que juzga.

Es necesario en efecto que cada una de las partes puede hacer valer sus pretensiones libremente y que la autoridad encargada de buscar de qué lado está el derecho, se circunscriba á ciertas prescripciones que debe cumplir ciegamente y que son como las vallas, que, manteniéndolo en el círculo de la ley, le cierran el paso al camino de la arbitrariedad.

La reunión ó el conjuto de las reglas consti-

tuye el procedimiento, que en Roma varió consecuente con las transformaciones que sufrió su derecho, pero que en todos sus cambios se reduce á tres sistemas que estudiaremos próximamente.

IV.

Ya se sabe de antemano que siendo la acción la sanción del derecho, á cada derecho corresponde una acción. Las diversas acciones constituyen pues otras tantas instituciones particulares, teniendo cada una su nombre, su historia y sus carácteres propios. Según el orden que la lógica indica, las acciones debieran ser estudiadas, más que en un tratado aparte, al ocuparnos de cada uno de los derechos que sancionan; pero consecuentes con el plan ó programa que la Facultad dá al curso de Derecho Romano, las clasificaremos estudiándolas junto con las excepciones, que también son otros medios de defensa en juicio.

Proposición N.° 117.

SUMARIO.—I. TRES SISTEMAS DE PROCEDIMIENTO QUE SUCESIVAMENTE HUBO EN ROMA.—II. PORQUE EL SISTEMA PRIMERO NO OFRECE GRAN INTERÉS.

I

En Roma el procedimiento, ó sea el modo de hacer valer los derechos demandando ante los

jueces el cumplimiento de las obligaciones contraídas, no siempre fué uniforme, sinó que varió á medida que iba progresando la ciencia jurídica.

Esas variaciones dieron existencia á tres sistemas de procedimiento que rigieron entre los Romanos sucesivamente, á saber el de *las acciones de la ley, el del procedimiento formulario,* y el de *enjuiciamiento extraordinario.*

II.

El sistema de las *acciones de la ley* consistía en un conjunto de ademanes y palabras solemnes, con las cuales el demandante hacía su petición al magistrado.

Según este sistema, habia verdadero juzgamiento por jurados y para comprenderlo precisa conocer, aunque sea muy someramente, la diferencia que existe entre las funciones del magistrado y las del juez, que constituían dos instancias perfectamente separadas y distintas.

Al primero acudían las partes entablando su queja; éste fijaba como órgano de la ley, las consecuencias del litigio con averiguación de los hechos y después remitía el proceso á uno ó varios jueces que eran elegidos de entre los simples ciudadanos y á los que competía pronunciar el fallo decisivo, con lo cual quedaba dividido el procedimiento en dos partes: la instancia ante el magistrado ó autoridad política llamada *in jure*, y la instancia ante el juez *in judicium.*

Las acciones de la ley que fueron formas

de carácter sacerdotal, eran enseñadás por los magistrados á los litigantes y se observában con tal rigorismo, que el más insignificante error ó equivoco en su empleo, podia acarrear al que lo cometiese la pérdida del pleito.

Es sabido que entre los Romanos existía la peocupación de que ciertos dias eran aciagos para el hombre, resultándole adverso cuanto hiciera en ellos: estos dias se llamaban *nefastos* á diferencia de los demás conocidos con el nombre de *fastos*. En los primeros era prohibido ejercitar las acciones y no se discernía la justicia, que sólo se administraba los dias *fastos*.

La gran importancia que en este sistema tenía la práctica de formas solemnes, daba ocasión á que nó se realizara el juicio si una de las partes nó concurría; por esta razón se acordaba al demandante el derecho de obligar al demandado á concurrir á la audiencia, auque fuera llevandolo por la fuerza material.

El sistema de las *acciones de la ley* se componía de cinco acciones, á saber: *la acción sacramenti*, que siendo la más general podia emplearse en todas las cuestiones; ella consistía en una cantidad de dinero denominada *sacramentum*, que se depositaba en poder del juez y que ganaba como apuesta el que tenía la justicia; posteriormente dicho depósito se sustituyó por una fianza.

La judicio postulatio, era otra acción cuyo objeto nó se conoce en realidad, porque la foja de las instituciones manuscritas de Gayo, en que se explicaba esta acción desapareció, dando lugar esta circunstancia á que se

ignore hasta hoy, el significado de la acción *judis portulatio*. Créese empero, y así lo afirman algunos tratadistas, que ella determinaba el poder del juez en los casos en que conocía de asuntos que se juzgaban hasta cierto punto por apreciación, como los contratos consensuales y otros semejantes.

La conditio fué una acción por la que un litigante emplazaba á su adversario para comparecer en el plazo de treinta días, ánte el juez que debía conocer del litigio. Esta acción se estableció por la *ley Silia*, que data del año 510, y se creó para las cuestiones de cantidades determinadas de dinero (certa pecunia) como decía la Instituta, pero á los diez años de su vijencia por la *ley Capurnia*, se la hizo extensiva á los litigios de *omni certa re*, de toda cosa determinada.

La mannus injectio, fué, más que una acción para ejercitar derechos que iban á declararse por el juez, un medio de ejecución para exijir los que se hallaban declarados por una ley especial.

En su orígen creóse como el medio forzozo de ejecución para toda sentencia; aplicóse despues en ciertos casos, como si hubiera mediado sentencia, como conminatoria contra la persona responsable, hasta que las *leyes Furia testamentara y Marcia*, la hicieron extensiva á las ejecuciones que nó presuponían juicio alguno ni procedían de él.

La pignoris capio era una acción por la cual se acordaba al acreedor el derecho de tomar posesión de ciertos bienes pertenecientes al

deudor; pero no se crea que esta facultad se concedía *ad libitum*, ni que era potestativa del juez, porque solo tenía lugar en ciertos casos previstos por la ley ó establecidos por la costumbre.

De estas cinco acciones constaba el sistema de las acciones de la ley que, si bien es cierto no ofrece gran interés bajo el punto de vista histórico, es importante como institución jurídica que imperó varios siglos en Roma, hasta que la *ley Ebutia* y las dos *leyes Julia* lo sustituyeron con el sistema formulario.

Aplicable el sistema de las acciones de la ley á toda clase de ciudadanos, consultaba perfectamente el sentimiento de la justicia, nó estableciendo ninguna jurisdicción de excepción en favor de tal ó cual clase privilejiada; además él exijia el concurso de un magistrado que determinaba la cuestión de derecho y del juez que pronunciaba el fallo en la cuestión propuesta por el primero, con lo que se aminoraba el peligro de una justicia parcial.

Mas este sistema cayó en desuso porque él era entorpecedor de la acción del poder judicial, y sumamente peligroso para los litigantes: lo primero, porque la necesidad de la citación era incuestionable, y la inasistencia de una de las partes hacía imposible el proceso; y era lo segundo, porque como vá dicho, la estrictez de las solemnidades daba márgen á que el más lijero error en la petición ó defensa de un derecho, ocasionase la pérdida de un pleito por justo que fuera, lo que no era muy difícil, puesto que ese complicado conjunto de adema-

nes y palabras, solo lo conocía un reducidísimo número de personas.

Proposición N° 118.

SUMARIO. — I. PROCEDIMIENTO FORMULARIO: SUS CARACTERES ESENCIALES.—II. DIVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—III PARTES PRINCIPALES Y ACCESORIAS DE LA FÓRMULA.

I.

En este sistema, asi como en el de las acciones de la ley que acabamos de exponer, existe la división del procedimiento en dos partes: instancia ante el Magistrado y ante el Juez. Pero lo que caracteriza á este sistema, es la ausencia de palabras y ademanes solemnes; él tiende á la consecusión de una fórmula que redacta el Magistrado y en la que éste después de haber instruido al Juez, le explica en términos imperativos la misión de que está encargado, indicándole la extensión del poder que se le confiere.

Para llegar á obtener la fórmula, las partes no tenían que llenar ritualidades solemnes: un debate preliminar se entabló entre ellos, pero este debate fué libre de toda traba, no se necesitó de palabras ni de formas simbólicas; las partes expresaron en ese debate sus pretensiones respectivas, y después de la discusión

dirigida por el Magistrado, redacta éste la fórmula que envía al Juez en términos sacramentales, *concepta verba*, que es todo lo que queda de las formalidades del sistema de las acciones de la ley.

Haremos notar que el sistema formulario ejerció la más benéfica influencia en la legislación romana; porque la fórmula abría ancho campo al Magistrado para plantear con arreglo á la equidad, las cuestiones jurídicas, templando el rigorísmo de las leyes civiles.

El orígen primitivo de este sistema de procedimiento debe buscarse en las relaciones de Roma con los peregrinos y el papel desempeñado por el Pretor peregrino, que cuando juzgaba una cuestión entre un ciudadano y un peregrino ó entre dos peregrinos, no pudiendo aplicar el procedimiento quiritario, juzgaba por equidad, elevando ó haciendo consultas, cuya absolución constituía la fórmula. Es de creerse que el sistema formulario se generalizase, cuando el Pretor peregrino llamado á reemplazar al urbano, en muchos casos, juzgaba con arreglo á él; mas el procedimiento formulario debió su existencia legal á las leyes Ebutia y á los dos *Juliæ Judiciariæ*, que no derogaron el sistema anterior de una manera expresa. Este último fué perdiendo poco á poco su aplicación en cuanto á la jurisdicción contenciosa, aunque la conservó en la voluntaria.

Debemos señalar aquí un sistema de procedimiento que fué el medio de transición entre el primitivo sistema y el formulario, y que con-

sistía en suponer que las formalidades del sistema de las acciones de la ley estaban cumplidas ó llenadas en cuanto *al jure-* organizándose en seguida el judicium. Tal fué el procedimiento *per sposionem*, evidentemente imitación del *sacramentum* y por el cual las dos partes se comprometían á darse una suma, que en calidad de apuesta ganaba aquel cuyas afirmaciones resultaban ser ciertas.

Esta doble promesa tenía lugar en la forma de la estipulación, llamándose *sponsio* á la que provenía del demandante y *restipulatio* á la que hacía el demandado.

II.

El sistema formulario se dividía del modo siguiente: en primer término tenía lugar la *in jus vocatio*, es decir la citación hecha por el demandante al demandado, intimándolo para que lo siguiera ante el magistrado que ejercía jurisdicción y que era el Pretor en Roma y el presidente en las provincias. Si el demandado se negaba á concurrir, el demandante podía obligarlo por medio de la fuerza, la que ya no se empleaba después, porque el Pretor estableció una acción *in factum* y una multa contra el que citado *in jus* no concurría á la audiencia.

Un vez los partes delante del Magistrado, explicaba el demandante el objeto de su demanda y designaba á su adversario la fórmula de acción de que quería servirse, *edictio actionis*, y que pedía al Magistrado, *postulatio actionis*. El demandado no podía oponerse á la con-

cesión de la acción por motivos deducidos del hecho, porque la cuestión debatida ante el Magistrado no consistía en saber si las alegaciones del demandante eran ciertas ó nó, sino que partiendo del hecho de suponerlas exactas, eran de tal naturaleza que podían ocasionar la condena solicitada por el demandante; pero el demandado podía interponer la excepción correspondiente y el Magistrado negaba la acción ó la excepción, cuando no se fundaban en derecho. Si el demandado reconocía los argumentos que servían de base á una acción fundada en derecho, su silencio ó aceptación tácita, equivalía á una sentencia y el Pretor autorizaba las mismas vías de ejecución que se empleaban para el cumplimiento de éstas.

Declarada una acción admisible y fijado el punto de derecho, cuando no se trataba de comprobar los alegatos contradictorios de las partes, se pasaba al nombramiento de juez ó jurado. Después el Magistrado redactaba la fórmula que instituyendo al juez, determinaba los puntos que había de aclarar y la extensión de los poderes que se le conferían.

Entregada la fórmula, debían las partes presentarse al juez, á menos que el Pretor no hubiera acordado plazos particulares para formar a prueba ó para cualquier otro objeto; se emplazaban para comparecer *in judicio* el tercer día y aunque las partes no se daban garantías para asegurar esta concurrencia, había ciertos casos perfectamente determinados en que se debía prestar fianza para asegurar la comparecencia en juicio.

A presencia del juez se exponía sumariamente el asunto en debate, se aducían las pruebas y se hacían las defensas. El podía dar decisiones preparatorias y expedía después la sentencia, con lo que terminaba su misión, volviendo el proceso al Magistrado que investido, como va dicho, de autoridad política hacía cumplir el fallo del juez.

III.

Partes principales y accesorias de la fórmula. La fórmula, instrucción que el Magistrado dirijía al juez, estaba redactada en términos solemnes (*concepta verba*) y constaba de partes principales y accesorias.

Las pricipales eran cuatro, á saber: *la demostratio, la intentio, la condenatio y la adjudicatio.*

La *demostratio* es la parte de una fórmula que indica el hecho acerca del cual versa el litigio: *la intentio* encierra ó circunscribe la petición del demandante; es el punto donde el juez deberá buscar el fundamento de la demanda y compulsar su justicia: *la condenatio* dá al juez el derecho de absolver ó condenar al demandado: es pues la *condenatio* la apreciación legal que del hecho ha verificado el Magistrado; y finalmente la *adjudicatio* es la parte de la fórmula que acuerda al juez el poder de adjudicar la cosa disputada á aquel que la reclama con buen derecho.

Haremos notar aquí que la *adjudicatio*, como bien se comprende, sólo existía para las acciones que trataban de la división de una he-

rencia, de la de una cosa común á varios y de fijación dė límites.

En algunos casos la fórmula constaba solo de una *intentio*, y entónces tomaba el nombre de *proe juditium*, ó de acción perjudicial, limitándose en ese caso la misión del juez á resolver la cuestión propuesta en la *intentio*, sin condenar ni adjudicar. También en gran número de acciones la fórmulase componía sólo de la *intentio* y de la *condenatio*: tal sucedía con la acción *in rem* y aún con la *in personam*, cuando se perseguía por aquella una cosa, ó por lo menos, una suma cierta, (*certa pecunia*) lo mismo que con todas las acciones *in factum*.

Partes accesorias de la fórmula.—Las partes de la fómula llamadas accesorias, eran aquellas que estaban destinadas á completarla: es decir, á expresar ciertas circunstancias accidentales que podian modificar el resultado del litigio.

De estas partes accesorias, unas favorecen al demandante y otras al demandado y son en resúmen *las excepciones*, por las cuales sin contrariar la certeza de los hechos en que se apoya la demanda, se aducen razones para hacer ver que falta tal ó cual requisito á la petición, el que debe cumplirse ántes; *la replicatio et duplicatio*, ó sea la réplica y la duplica, que emplean el actor y el reo recíprocamente, para robustecer su demanda ó su defensa; finalmente las *prœscripciones*, que eran partes accesorias, que se colocaban al principio de la fórmula precediendo á la *demostratio* y que pueden interponerse en favor del demandante, del demandado, ó de uno y otro.

En conclusión observaremos, porque es importante saberlo, que entre los romanos existían diversos medios para pedir la anulación, la renovación y la revisión de las sentencias: que la anulación tenía lugar por la violación de una ley, de un Senado Consulto y de una Constitución, fuera por vicios de forma, por incompetencia del Magistrado ó del Juez y por incapacidad para litigar de una de las partes: que aunque la sentencia no contuviera punto de nulidad, se podía, por causas extraordinarias y especiales, ó por ser menor de veinticinco años el perdidoso, pedir *restitutio in integrum*; y en conclusión: que podía apelarse de la resolución de un Juez inmediatamente, de viva voz ó dentro de un plazo por notificación escrita, pudiendo el litigante que apelaba recurrir hasta el Emperador, que era el Juez supremo.

Proposición Nº 13.

SUMARIO.—PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO: ORIGEN DE ESTE SISTEMA Y SUS DIFERENCIAS CON EL SISTEMA ANTERIOR—II EN QUE CONSISTÍA SUSTANCIALMENTE.

I.

Aún en la época en que el sistema formulario estaba en todo su vigor, había casos en que el Magistrado sin enviar el negocio al Juez lo decidia por sí mismo.

Este procedimiento se llamó extaordinario y se fueron multiplicando los casos en que el Magistrado juzgaba y decidía sin la intervención del Juez; ya en tiempo de Dioclesiano esto era muy común en el Imperio y este Soberano hizo de este procedimiento, hasta entonces excepcional, una regla general.

Todos los juicios tuvieron que sujetarse al procedimiento extraordinario, cuya vida se debe á la constitución suscrita por Dioclesiano, que con este sistema sustituyó el antiguo procedimiento formulario, llenando así un vacío, realizando una medida desde mucho tiempo antes reclamada por las necesidades del pueblo romano.

Sábese yá que la distinción del *jus* y del *judicium*, ó sea de las funciones del Magistrado y del juez, constituia la esencia de los dos sistemas de procedimientos anteriores en Roma. Esta distinción, después de haber subsistido muchos siglos, debía desaparecer cediendo su puesto á un principio nuevo, que hoy está en vigor en todos los países civilizados, al menos, tratándose del juzgamiento en materia civil: las funciones del Magistrado y del juez, en lugar de permanecer separadas, se confunden y en adelante forman una sola; el proceso es ya uno no se descompone en dos partes, deja de tener dos instancias, la instrucción y el juzgamiento, y es una sola persona, que en lo sucesivo se llama juez, quien instruye el proceso y lo termina con el pronunciamiento de una sentencia.

De lo expuesto se destaca claramente la diferencia que existe entre el sistema extraordi-

nario y los anteriores, y que estriba esencialmente en que el segundo no admite sino la intervención de un magistrado, que en una sola instancia, juzga y falla el litigio; al paso que en los anteriores, hay *jus* y *judicium*, magistrado que redacta la fórmula y juez que sentencia con arreglo á ella.

II

En resúmen el sistema de procedimiento extraordinario consistía en que el magistrado conocía y sentenciaba por si solo de los litigios de los particulares.

Bajo la vigencia del sistema formulario esto ya se hacía en Roma; fuéronse palpando las ventajas de esta medida, hasta que una constitución de los emperadores Dioclesiano y Maximiano del año 292, la consagró con el carácter de ley para todo el imperio.

Es á este sistema al que se debe el rápido progreso de la legislación romana: con sujeción á él, los magistrados fueron los ciegos aplicadores de la ley escrita, quedando el juzgamiento por equidad reducido á los casos en que la ley civil era deficiente ú oscura.



Proposicion N.° 120.

SUMARIO—I. IDEA DE ACCIÓN.—II. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES.

I.

Las Institutas definen la acción, *el derecho de perseguir ante un juez lo que nos es debido.»*

La palabra acción significa pues en su acepción más propia y verdadera, toda medida que la ley franquea á un individuo para hacer efectivo un derecho que se controvierte en juicio. Tambien se entiende por acción el procedimiento mismo, ó el conjunto de formalidades que una persona debe llenar para exijir ante los Tribunales el cumplimiento de una obligación ó el reconocimiento de un derecho que otro le discuta; y finalmente, se dá el nombre de acción, en un sentido figurado, á la facultad de acudir al poder judicial en demanda de lo que nos pertenece y sin razón se nos niega.

Conocidas las acepciones que en la ciencia jurídica corresponden á la palabra acción y precisados los diversos sentidos en que ella se emplea, es tarea fácil determinar su objeto preciso que es, en definitiva, sancionar los derechos por los medios que la ley acuerda.

Así lo comprendían los romanos y así tambien lo expresan las legislaciones modernas, en las cuales la palabra acción, úsase en las mismas acepciones que aquellos le dieron.

II.

La principal división de las acciones es la que las distingue en reales y personales: *in rem é in personam.* Esta división era la más general porque no se concibe acción que en definitiva deje de ejercitarse contra una persona ó contra una cosa; ella además subsistió bajo el régimen de los tres sistemas de procedimiento.

La otra gran división de las acciones, que se hace atendiendo á su orígen, es: en *civiles* y *honorarias* ó *pretorianas*, según que emanen de uno ó de otro derecho.

Según la cuestión que se juzgaba en la *intentio* eran las acciones: *in jus*, cuando el juez debía sentenciar sobre una cuestión de puro derecho propuesta por la fórmula, é *in factum*, si sólo debía averiguar la existencia de un hecho del que dependía la solución del litigio.

Por causa del fin con que se intentaban, se dividían las acciones en tres clases: las llamadas *persecutorias de la cosa*, por las cuales se pedía lo que pertenecía al demandante, ya hubiese sido privado de ello ó ya no se le diera lo que por derecho le perteneciere; *las acciones penales*, por las cuales se demandaba una condena pecuniaria, á título de pena contra el detentador de un derecho y *las acciones mixtas*, por las cuales se solicitaba conjuntamente la cosa y la pena.

Relativamente á la cantidad de la condena, eran las acciones *por el tanto*, *por el doble*, *por el triple ó por el cuádruplo* del perjuicio cuya in-

demnización se pedía por ellas, el que estaba fijado en la *intentio* de la fórmula.

Consideradas las acciones bajo el punto de vista de las facultades ó poderes que la fórmula daba al Juez, se dividían en acciones de *buena fé, de derecho extrito* y *arbitrarias*. Las primeras autorizaban al Juez para fallar, no según el rigor del Derecho Civil, sino con arreglo á la buena fé, á la equidad: las segundas obligaban al Juez á sentenciar sólo con sujeción á las prescripciones del Derecho Civil, con absoluta prescindencia de las reglas de moral y equidad; y las arbitrarias eran unas acciones por las que el Juez absolvía condicionalmente al demandado, si éste, después de haber perdido el juicio, daba al demandante una satisfacción que el Juez proponía en la sentencia, la que se llamaba *arbitrium* y consistía en restituir la cosa reclamada, presentar el objeto litigioso ó cumplir una obligación.

Como en los litigios no se obtenía siempre la totalidad de lo que se reclamaba, había también *acciones por la totalidad y por menos de la totalidad*, según que el Juez ordenase la devolución íntegra de lo que se reclamaba ó una parte menor, lo que acontecía cuando el demandado gozaba del beneficio de competencia ó se ordenaba la compensación.

Había también *acciones directas é indirectas:* por las primeras se demandaba la responsabilidad de un hecho practicado por el demandado mismo, y por las segundas, se demandaba al padre ó al amo, para que respondiesen del hecho de su hijo ó esclavo.

Finalmente llamábanse *noxales* á las acciones provenientes de un delito ó de un cuasi delito, y según las cuales la persona perjudicada por un hijo ó esclavo, ocurría al padre ó dueño para que le indemnizara el valor del daño ó le entregase al autor.

La clasificación expuesta, hecha atendiendo al orígen, naturaleza y objeto de las acciones, abarca á todas las que reconoció el derecho romano.—Advertiremos que cada grupo de los ya indicados en ella, se subdividía, á su vez, en muchas acciones particulares y relativas á casos dados.

Proposición N.º 121.

SUMARIO.—I. PRINCIPALES ACCIONES REALES Y PERSONALES. — II. ACCIONES PERSECUTORIAS DE LA COSA, PENALES Y MIXTAS.

I.

I. Según Justiniano la principal división de las acciones era la que las distinguía en reales y personales: *in rem é in personam.*

Las acciones personales tenían lugar cuando el demandante aseguraba que su contrario le estaba obligado por un contrato, por un delito ó por las prescripciones de la ley.

Eran *reales* las acciones por las que se alegaba un derecho propio y absoluto sobre una

cosa, sin acusar obligación personal contra ninguna persona. Tal sucedía, por ejemplo, en los casos de reivindicación de dominio. En principio toda acción es personal porque tiene que dirigirse contra el poseedor de las cosas sobre las que creemos tener derecho, más esta denominación impropia de acciones reales, es de uso general en todos las legislaciones, porque obedece á la gran división de los derechos en reales y personales.

Bajo el sistema formulario se distinguían perfectamente las acciones *in rem* de las *in personam*, pues en las primeras no se designaba ningún nombre, al paso que era condición indispensable de las segundas, la designación personal del obligado.

Las acciones reales se denominan *reivindicaciones* (*vindicationes*) y peticiones (*petitiones*); las personales recibían el nombre de *condiciones*, cuando la *intentio* de la fórmula se refería á obligaciones de dar ó hacer y *prestare*, cuando tenían por objeto procurar una cosa al demandante.

Los diversos derechos reales estaban reconocidos, unos por el derecho civil y los otros por el pretoriano: *las acciones reales ó las actio in rem*, dividíanse pues en civiles y honorarias ó pretorias.

Las acciones *in rem* civiles eran sólo cuatro; á saber: *la acción reivindicatoria*, dada al que pretendía tener sobre una cosa la propiedad *quiritaria; la petición de herencia*, por medio de la cual un individuo solicitaba que se le reconociese su condición de heredero según el de-

recho civil; *la acción confesoria*, que se acordaba al que pretendía tener sobre un fundo una servidumbre predial ó personal que gravaba en su favor, y *la acción negatoria*, por la cual el propietario afirmaba que su casa estaba libre de todo gravámen.

En cuanto á las *acciones in rem pretorianas*, las hubo de dos clases: unas que fueron acciones originales que no correspondían á ninguna acción de derecho civil y las otras que fueron acciones civiles introducidas en el derecho honorario por causa de utilidad pública.

Las primeras servían de sanción al derecho de hipoteca, y fueron *la acción serviana y la cuasi serviana ó hipotecaria*.

La acción serviana, creada por el Pretor Servio, se concedía á los propietarios de predios rústicos para reivindicar de cualquier poseedor los objetos que el arrendatario había afectado á la garantía de los arriendos ó arrendamientos.

La acción cuasi serviana ó hipotecaria, fué ampliación de la anterior y se concedió á toda clase de acreedores, para que reivindicaran de cualquier poseedor las cosas que el deudor les hubiera dado como garantía de la deuda.

Hoy mismo, y según todas las legislaciones positivas, puede el acreedor, prendario reivindicar la prenda que se le dió en garantía de una obligación del poder de cualquier poseedor, que era el fin que se perseguía con la acción *cuasi serviana*.

Las acciones *in rem* de derecho civil, intro-

ducidas en el derecho honorario por cauusa de utilidad pública, fueron *la acción publiciana, la contraria á la publiciana y la pauliana.*

La acción publiciana, llamada así por el nombre del Pretor Publicio su autor, se fundaba en una ficción que consistía en suponer que con justo título ó justa causa, se había transferido la propiedad de una cosa á un individuo que perdió la posesión de ellá ántes de haberla usucapido según el derecho civil.

Al que se encontraba en esa situación el Pretor le concedía el derecho de reiveindicar la cosa; como si en realidad la hubiera usucapido por el tiempo que marcaba la ley y en esto consistía la ficción del derecho pretoriano, que no daba empero la propiedad quiritária, sino el título para seguir poseyendo.

La acción contraria á la publiciana fundábase también en una ficción consistente en suponer que un individuo no había usucapido, cuando en realidad usucapió, por todo el tiempo que marcaba el derecho civil. Esta acción se estableció por los Pretores en beneficio de los ausentes por comisión de la autoridad, de los prisioneros en poder del enemigo y de otras personas, que siendo propietarios no habían podido ejercer por su ausencia la acción reveindicatoria contra el poseedor de una cosa que les pertenecía.

La acción publiciana, que podia ejercitarse por el mismo propietario cuando no tenía pruebas de su dominio quiritario y por el poseedor contra él, era perpétua, al paso que la *acción contraria á la publiciana*, solo podía ejercitarse

en el término de un año contado desde la vuel-ta del dueño ausente.

La acción pauliana daba al acreedor el derecho de reivindicar, como pertenecientes siempre á su deudor, las cosas que éste enageno en fraude de sus derechos.

Esta acción que, como las anteriores, se funda en una ficción, podía interponerse contra el que adquirió solo por título gratuito: contra el adquirente á título honeroso, solo en el caso de que hubiese participado del fraude, siendo la enagenación ficticia. Ella duraba un año, así como la precedente.

Los Pretores introdujeron tambien muchas acciones personales, pero entre ellas las más dignas de mencionarse son las que siguen:

La acción constitutæ pecuniæ, era la que daba derecho para exigir por una persona, aquello que otro, debiéndole natural ó civilmente, se había obligado á darle por un pacto celebrado ante el Pretor, pacto que recibía el nombre de *constitutio.*

La acción de peculio, era una acción por la cual se compelía al padre de familia ó al dueño para que respondiesen de las obligaciones contraídas por su hijo ó esclavo, hasta la cantidad que ascendía el peculio de éstos.

La acción ex jurejurando, tenía lugar cuando las dos partes acudían al Pretor y convenían en decidir su litigio por medio del juramento: si el demandado juraba no deber, quedaba libre de obligación y si en su juramento afirmaba deber, quedaba obligado por dicho ju-

ramento.—Esta acción no es sino el juramento decisorio de nuestros días.

Grande fué también el número de acciones penales introducidas por el Pretor, pero las principales fueron: *la de albo corrupto*, que era la acción contra el que destruía ó hacía destruir el álbum del Pretor ó el cuadro blanqueado, en que con caracteres negros se escribía el edicto de éste; *la acción de patrono aut parente in jus vocato*, que se daba contra el manumitido ó descendiente que, sin permiso del Pretor, llamaba á su patrono *in jus*, condenándolo á pagar 50 piezas de oro, y *la acción de in jus vocato vi exempto*, por la cual el demandante tenía el derecho de reclamar de aquellos que se hubieran opuesto á la comparescencia del demandado citado por él *in jus*, una cantidad equivalente al valor del pleito, sin perder el derecho de ejercitar debidamente su acción contra el obligado.

II.

Las acciones persecutorias de la cosa, rei, persequendæ causa, tenían por objeto mantener ó restablecer el patrimonio de una persona.

Eran de esta clase las acciones personales y las *in rem*, provenientes de contratos. Sin embargo era *mixta* la acción de depósito miserable; es decir, del depósito hecho por causa de incendio, naufragio ú otro caso fortuito, cuando el depositario procedía con dolo.

Las acciones persecutorias de la pena pœrnœ persequendæ causa tenían por objeto procurar un aumento en el patrimonio del deman-

dante que ganase un pleito, adjudicandole la multa que se imponía al demandado. Tambié por ellas se pedía la aplicación de la pena respectiva al autor de un delito.

Eran *mixtas tam pœnæ quam rei persequendæ* las acciones que perseguían á la vez la cosa y la pena. A este número pertenecen la acción *bi bonorum raptorum* la de la *Lei Aquilia* y las que se ejercitaban contra el que, habiendo recibido una cosa en legado ó fideicomiso para una iglesia, esperaba para entregarla que se le citase en juicio.

Proposición Nº 122.

SUMARIO.—ACCIONES DE BUENA FÉ, DE DERECHO ESTRICTO Y ARBITRARIAS.

Eran *de buena fe* las acciones en que el juez pronunciaba su fallo, no en los términos precisos de una obligación indicada en la *intentio*, sino dirijido por los principios de equidad.

A este número pertenecían las que resultaban de la venta, del arrendamiento, del mandato, de la gestión de negocios, de la prenda, de la tutela, del comodato; las acciones *familiæ erciscundæ, comuni dividundo, la prescripta verbis*, cuando nacía de la permuta ó del contrato innominado, llamado estimatorio, y la petición de herencia.

Las acciones de derecho estricto, eran las que prohibiendo al juez juzgar por equidad, lo obli-

gaban á ceñirse rigurosamente á los principios de derecho civil, Tales eran las acciones *ex stipulato* y *ex testamento*, la condición que nace del mutuo y principalmente las acciones provenientes de delitos.

Estas acciones nacían de todo contrato ó cuasi contrato unilateral y las de buena fé en los contratos ó cuasi contratos de que emanaban obligaciones recíprocas ó bilaterales.

Por las acciones arbitrarias, el juez señalaba una satisfacción que el demandado debía dar al demandante para ser absuelto: la condena en esta clase de acciones, se subordinaba, no solo á la averiguación del hecho contenido en *la intentio*, sino también á la condición de que el demandado no dé á su contrario la satisfacción ordenada.

Son arbitrarias todas las acciones reales, á excepción de la petición de herencia.

En estas acciones, aunque se hubiese procedido por sumas inciertas, tenía el juez que ordenar la devolución de cosas ó cantidades determinadas.

Proposicion N.° 123.

SUMARIO.—I. ACCIONES DIRECTAS Y ACCIONES INDIRECTAS.—II. ACCIONES NOXALES.

I.

Por la acción directa queda obligado á responder de un hecho el que lo practicó; y en

este sentido son *acciones directas*, las que se entablan contra una persona por las responsabilidades que nacen de sus hechos propios.

Pero ya hemos dicho que existían algunos casos en que el pater familia era responsable de los hechos practicados por sus hijos ó esclavos.—Las acciones que servían para juzgar en los casos en que se demandaba á los padres ó amos por las obligaciones de sus hijos ó esclavos, eran las acciones indirectas que fueron seis:

La *acción quod jussu*, que se daba contra el padre para que cumpliera por entero (*in solidum*) las obligaciones que por su mandato contrajeron su hijo ó esclavo,

La *acción exercitoria* fué la que se concedía contra el padre ó patrón, que habían puesto al hijo ó esclavo al frente de un buque, por las responsabilidades que aquellos contrajeron en el desempeño de ese cargo.

La *acción iusistoria*, se daba contra el mismo dueño ó padre por los compromisos de su esclavo ó hijo que manejaban por su orden un establecimiento comercial.

La *acción tributoria*, tenía lugar, cuando el hijo ó el esclavo empleando todo su peculio en un comercio del cual tenía conocimiento el padre ó dueño, hacían malas operaciones y quedaban sin tener con que pagar á sus acreedores: éstos podían cobrar al padre ó amo conforme á la acción tributoria.

La *acción de peculio* consistía en obligar al padre ó dueño de un hijo ó esclavo, á que pagaran las deudas del comercio de aquellos con

su peculio propio, aunque no hubiesen prestado su consentimiento pára la negociación.

Ultimamente la *acción in rem verso*, se acordaba á los que habían contratado con el hijo ó el esclavo, contra su padre ó dueño, por razón y hasta donde alcanzara aquello que resultó en provecho de éste. Todas las acciones indirectas fueron creación del derecho honorario ó pretoriano.

II.

Los Romanos llamaban *noxa* al autor de un hecho dañoso y *noxia* al daño en si mismo. De aquí proviene el nombre de las *acciones noxales*, que fueron de derecho civil y de derecho pretoriano.

Llamábase pues *noxal* á la acción resultante de un delito, por la cual el damnificado, por un hijo de familia ó por un esclavo, podía perseguir judicialmente al padre ó amo para que le indemnizara el valor del daño, fijado por la condena del juez, ó le entregara al delincuente.

La acción noxal se ejercía contra el dueño ó poseedor del esclavo en el momento de *la litis contestatio*, «porque la acción noxal sigue la cabeza del delincuente»; mas si este pasa á poder de otro dueño, se entenderá con este último la acción noxal.

La acción noxal, que, solo tenía lugar en favor de un tercero y nunca en provecho del dueño, se extinguía en el caso de que el esclavo obtuviera la libertad, quedando, en cambio, una acción directa contra el liberto.

El abandono noxal producía la mancipación del esclavo librando de toda responsabilidad al dueño; mas ese abandono no podia hacerse, si el dueño había cooperado al delito ó no lo había prevenido, pudiendo hacerlo; y también cuando el amo aseveraba con falsedad no poseer al esclavo.

Respecto á los hijos, el abandono noxal estaba autorizado por las legislaciones anteriores á Justiniano, mas este príncipe lo prohibió por considerarlo contrario á las leyes de la moral y á las relaciones y deberes familiares. En lo sucesivo el damnificado por un hijo, no podía ocurrir contra su padre, sino que tenía que aguardar la época en que aquel fuera *sui juris*, y si tenia peculio propio, podía perseguirlo por la acción proveniente de su delito y una vez condenado, proceder contra el padre por la acción *judicati de peculio*.

Las principales acciones noxales eran: las de *hurto manifiesto*, que trae su orígen de la ley de las Doce Tablas, *la acción de daño causado injustamente*, que proviene de la Ley Aquilia, la de *injuria* y la de *rapto*.

La acción noxal no es una acción principal existente por sí misma, sino la acción ordinaria resultante de un delito. Entre las acciones noxales las unas fueron creación del derecho civil y las otras del pretoriano.

Proposición Nº 124.

SUMARIO.—I. ACCIONES PERPÉTUAS Y ACCIONES TEMPORALES. —II. ACCIONES TRASMISIBLES Y ACCIONES INTRASMISIBLES.

I.

Las acciones se denominaban también perpétuas ó temporales, según que el demandante pudiera ejercitarlas indefinidamente ó en un período ó plazo cierto y fijo de tiempo.

Eran perpétuas las acciones que emanaban del derecho civil con excepción de algunas, entre las cuales era la más notable *la querella de testamento inoficioso*.

Las acciones de derecho honorario, cuyo objeto era extender y generalizar los principios del derecho civil, eran así mismo perpétuas; y en este sentido citaremos, como ejemplo, á las persecutorias de la cosa y á la pauliana ordinaria.

Las demás acciones del derecho honorario creadas por los Pretores para atenuar el rigor de la legislación civil, eran, por lo general, temporales; aunque á este número no pertenecieron nunca las acciones penales, no obstante que en materia de acciones temporales y perpétuas, sufrió muchas variaciones el derecho antiguo y también el del Bajo Imperio.

II.

Entre las acciones que hemos estudiado, había algunas que podian trasmitirse á los herederos y se llamaban *trasmisibles*, en oposición á las demas acciones, que, estinguiéndose con el dueño ó con el obligado, se denominaban *intrasmisibles*.

Las acciones trasmisibles eran las *rei pesecuoriæ;* pero para que la trasmisión tuviera lugar era menester que ya se hubieran entablado en la época de la facción del testamento, porque si no, no existían y el heredero podía entablarlas sí la ley ó el derecho pretoriano se las concedían.

Las acciones penales, eran por lo general intrasmisibles, pero se daban al heredero ó contra él, cuando á la muerte del testador ya estaban entabladas y entonces el demandado queda obligado, no en virtud del delito, sino de la *litis contesiatio*. La acción por injurias, calumnia ó cualquier otra de naturaleza tal que no admitiese la sustitución de persona responsable, se extinguía con la muerte del demandado.

El heredero de un delincuente era responsable del delito de cuyos frutos había aprovechado y semejante responsabilidad comprendía aquello que se hubiera convertido en su provecho.

Proposición Nº 125.

SUMARIO.—I. EXCEPCIONES, IDEA Y DIVISIÓN DE LAS EXCEPCIONES.—II. SU ORÍGEN Y UTILIDAD.—III. EJEMPLO DE EXCEPCIONES QUE CITAN LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.—IV. COMO EN EL ÚLTIMO ESTADO DEL DERECHO, LA PALABRA EXCEPCIÓN HABÍA PERDIDO SU ACEPCIÓN PROPIA Y PRIMITIVA.

I.

La excepción es un medio indirecto de defensa en juicio, por el cual, sin negar el derecho del demandante, se invoca un derecho contrario que paraliza por más ó menos tiempo la acción.

La excepción difiere de la defensa propiamente dicha, porque esta consiste en negar la verdad de los hechos en que se apoya la acción ó en presentarlos bajo una faz distinta de la que les dá el demandante; al paso que la excepción, sin discutir la verdad ó fuerza de los hechos ó fundamentos en que se apoya la demanda, tiende á paralizar el curso de la acción, proponiendo cuestiones que deben ser resueltas antes que ésta.

Los tratadistas de Derecho Romano están acordes en dividir las excepciones en *perpétuas y dilatorias*, *en temporales y perentorias*, *excepciones in rem* y *excepciones in personam*.

Las excepciones perpétuas y *dilatorias*, son las

que el demandado puede interponer en cualquier estado de la causa: tales eran *la de dolo*, *la de pacti conventi*, que tenían lugar cuando se alegaba que una obligación se había contraído con dolo ó cuando había pacto por el cual el acreedor se había obligado á no demandar jamás á su deudor y otras.

Las temporales y dilatorias, eran las que no pudiendo ser opuestas sino en un plazo determinado, solo paralizaban los derechos del demandante por una época determinada: v. g. la misma excepción *pacti conventi*, cuando se había convenido en que el acreedor no demandaría en un plazo prefijado en el pacto.

Existe también otra clase de excepciones dilatorias por razón de la persona y son las llamadas *procuratorias*, que se oponían á la acción entablada por las mujeres y por los militares como procuradores, puesto que estas personas no podían en Roma desempeñar estos cargos, por prohibición expresa de la ley.

Las excepciones *in rem* ó *res coherentes*, eran aquellas que podían ser invocadas por todas las personas que tomaban parte en un litigio y las excepciones *in personam personæ cohœrentes*, fueron aquellas cuyo uso solo se acordaba á determinados individuos, como la que resultaba del pacto *non potendo*.

Finalmente las excepciones, que, como toda institución romana, estaban sujetas á la doble acción del derecho escrito y del honorario, se pueden dividir con propiedad en civiles y pretorianas, pues aunque todas fueron creación del poder pretorio, el derecho civil sancionó

lespués su uso y se establecieron con carácter vida legal por actos legislativos, decisiones lel Senado Trebeliano y rescriptos imperiales que reconociendo las existentes á la sazón, rearon otras excepciones en o osición á la ley rimitiva y al derecho de las Doce Tablas.

II.

Las excepciones nacieron en Roma como el noderador ó correctivo que las leyes civiles eclamaban para no vulnerar los principios de a equidad ni hollar los preceptos morales, reolviendo las cuestiones, aunque legalmente, on injusticia notoria.

Fué pues el objeto de las excepciones, coniliar los dictados de la justicia absoluta con el igorismo de la ley escrita en las sentencias ó illos judiciales

Comunmente observaban los Magistrados n la práctica, que una demanda estaba arrelada á las prescripciónes del derecho civil *juxta*) y que no obstante, era contraria á la quidad (*iniqua*).

Así: según el Derecho Civil no se indagaba a causa de la estipulación, bastaba que ella e hubiera realizado para que soportase sus fectos el que había prometido, aunque esa romesa se le hubiera arrancado por fuerza ó iolencia ó con el empleo del dolo. Sin averiuar la causa de la obligación, bastaba su existencia para ordenar el cumplimiento de ella; ero como ordenar la ejecución de una responsabilidad contraída en esa forma, hubiera

sido protejer la inmoralidad y desnaturalizar la justicia, se inventó por los Pretores un medio ingenioso de salvar la inflexibilidad de la ley.

Consistía este medio en no dar al juez una orden pura y lacónica que, según el texto de la ley, tenia que producir infaliblemente la condena inicua del demandado, sino que al remitirle el proceso ordenándole pronunciara su sentencia, en él, le decían: *«condenareis, á menos que se haya usado de dolo ó violencia»* ó bien, *«condenareis, si no, ha habido dolo.»* Esta restricción á la orden de condenar unida á una acción rigurosísima, es lo que se llama excepción.»

Basta lo expuesto para darse cabal idea del rol importantísimo que las excepciones desempeñaron en el juzgamiento, principalmente cuando él se hacía sobre acciones de derecho estricto, que no admitían la intervención de la equidad.

Las excepciones pues, moderando la inflexibilidad del derecho civil, contribuyeron notablemente á asegurar el respeto á la ley, patentizaron sus defectos, dando marjen á que se les corrijiera, y fueron un elemento de grande y benéfica acción en el progreso de la sabia legislación romana.

III.

Son numerosos los ejemplos de excepciones que presentan las Institutas de Justiniano; pero entre las de primordial importancia tenemos

la excepción de *non numerata pecuniæ* de la que daremos una idea.

Consistía esta excepción en librar de una condena al que habiéndose comprometido á prestar una cantidad de dinero ó una cosa funjible, estipulaba después recibir en préstamo esa misma cosa ó cantidad sin haberla antes entregado. Quedaba pues obligado por la estipulación á entregar la suma, aunque ésta no se hubiera determinado; más como sería inicuo dejarlo á merced de lo que al demandante pluguiera pedir, evitaba la condena del derecho civil, interponiendo la excepción *non numerata pecuniæ*, y tenía para hacerlo el término de dos años, que era mucho mayor antes de Justiniano.

Es tambien muy digna de particular mención la excepcion *ex jurejurando* que se interponía, cuando habiendo convenido ambas partes en solucionar el litigio por un juramento decisorio, y el demandado juraba no deber, el demandante exijía aún el pago, alegando que el juramento no extinguía la acción según el derecho civil, el demandado se libraba de condena alegando la excepción *ex jurejurando.*

IV.

Las excepciones no se conocían en el sistema de las acciones de la ley: así lo expresan Gayo y Justiniano.

Introducidas en el sistema formulario se diferenciaban al principio de los otros medios de defensa; mas cuando se abolió el sistema que

les dió vida, reemplazándolo el de procedim... to extraordinario, las excepciones, que s... eran una dependencia de las fórmulas, fue... tomándose como expresión de todos los m... dios de defensa, y se desnaturalizó por com... to la significación de esta palabra en el últi... estado del derecho.

Proposición N.° 126.

SUMARIO.—I. INTERDICTOS—DEFINICIÓN, ... GEN Y UTILIDAD DE LOS INTERDICTOS: SU ... VISIÓN.—II. INTERDICTOS RELATIVOS A ... POSESIÓN: CUÁLES SE DABAN PARA OBTENE... LA, CUALES PARA CONSERVARLA Y CUALES ... RA RECOBRARLA.—III. DESUSO EN QUE ... HALLABAN LOS INTERDICTOS EN EL ÚLTI... ESTADO DEL DERECHO.

I.

Interdicto es la declaración de principios q... el Pretor hacía en las cuestiones entre partic... lares (*dictium ó edictum inter duos.*) Esta d... finición trae pues su etimología de la voz int... dictum, proveniente de las palabras *edictum* ... *tér*, *duos*.

La declaración de principios que hemos me... cionado en la definición, y que hacían los Pr... tores, contenía una orden imperativa ó proh... bitiva que las partes debían acatar.

Cuando así sucedía el interdicto ponía término al litigio; pero en caso contrario, era preciso recurrir á una instancia ordinaria, dirijiéndose de nuevo al Pretor, para obtener de él una acción *in factum*, de la que el juez conocía por medio de la fórmula.

Los interdictos tenían por objeto impedir los actos de violencia entre los particulares y como medida de órden público, se dictaron por los Pretores en las primeras épocas del derecho. Diferenciábanse de los edictos en que éstos eran reglas de carácter general y obligatorias para todos, al paso que los interdictos se dictaban y rejían sólo en un caso particular.

Si expedido el interdicto por el Pretor, la persona obligada daba cumplimiento á la obligación que él le imponía, hemos dicho ya que terminaba la controversia; pero si se resistía á ejecutar el mandato contenido en el interdicto, el Magistrado tenía que proceder en la hipótesis de que la oposición fuera fundada según el derecho civil, y entonces debía organizar un *judicium* que, con conocimiento de la causa, absolviese ó condenase al opositor.

Por lo dicho se notará que el interdicto es una decisión del Magistrado, encaminada á poner fin al litigio, sea directa ó indirectamente, aviniendo á las partes ó promoviendo la acción que orijina la desobediencia del interdicto.

Los interdictos de esta última clase, provocaban siempre una acción *in factum*, y el procedimiento complicado á que daban lugar, tenía que desaparecer cuando los Pretores pudieran establecer acciones, y así sucedió: porque esos

Magistrados los dictaron, sólo, en la época en que carecieron de aquella facultad.

Tres son las divisiones que se hacían de los interdictos: en *prohibitorios restiturios* y *exhibitorios*.

Los pohibitorios eran los interdictos por los que el Pretor prohibía hacer alguna cosa: tales eran los que mandaban no violentar la posesión legítima, construir en lugar sagrado ó impedir el sepultamiento de los cadáveres en los sitios en que sus deudos tuvieran derecho de enterrarlos.

Son *restitutorios* los interdictos que ordenaban enviar ó restituir alguna cosa á su legítimo dueño: restiturio sería, por ejemplo, el que ordenase al que poseía *pro-hœredere* ó *pro-possesore* bienes hereditarios, darlos á aquel en cuyo favor se declaraba la sucesión pretoria ó el que ordenara la restitución de una cosa arrebatada á su dueño por la fuerza.

Son exhibitorios los interdictos en que el Pretor ordena presentar alguna cosa ó persona, v. g., un hijo de familia reclamado por su padre y retenido por un tercero; el esclavo cuya libertad se controvierte cuando lo solicita el amo que lo poseía.

También se dividían los interdictos que se daban para la posesión ó posesorios en cuatro clases, á saber; *los adipiscendœ possessionis, los retinendi possessionis, los recuperandœ possessionis y los tam adipiscendœ quam recuperandœ possessionis.*

Finalmente se dividían los interdictos en *simples y dobles.*

Son *simples* aquellos en que una sola parte es demandante y la otra demandada. A este número pertenecen los interdictos *restitorios* y *exhibitorios*, porque el que pide la devolución de una cosa ó la presentación de una persona, es sólo el demandante.

Son *dobles* los interdictos en que ambas partes son á la vez demandante y demandado. Parte de los interdictos prohibitorios son dobles: entre este número se puede contar los interdictos *uti posidetis* y *utrubi:* porque el que combate la demanda de semejante interdicto negando el derecho con que el contrario posee ó el título con que pretende poseer, pide indirectamente que se le acuerde á él sino la tiene, o que se le mantenga en el goce de la posesión que se controvierte, si á la sazón lo ejercita.

II

Los intérdictos posésorios eran los relativos á la posesión y ya hemos indicado que se subdividían en cuatro clases.

Los primeros, ó sean, los interdictos *adiscipendæ possessionis causa,* se otorgaban para conceder una posesión que no se tuvo jamás. Había muchos interdictos de esta clase, pero sólo citaremos estos.

El *quorum bonorum*, cuyo nombre deriva de las primeras palabras del texto del Dijesto que lo menciona, se acordaba al heredero que había obtenido del Pretor la *bonorum posesio*, la posesión de los bienes, contra el que los poseía *pro herede* ó *pro posesore* y aun cuando ya los hubiera

èste adquirido cumpliendo los requisitos de la usucapción. Este interdicto no tenía lugar cuando el poseedor de los bienes lo era por otro título como donación ó venta, que no suponen entablada la cuestión sobre la calidad de heredero.

Por el *quorum bonorum* solo se acordaba una posesión provisoria que no solucionaba la cuestión de si había ó no derecho para la sucesión pretoria, razón por la que el poseedor de bienes prefería en muchos casos interponer la *petitio hereditatis posesoria*, que le acordaba la posesión definitiva.

El *interdicto salviano*, introducido por el Pretor que le dió su nombre, se daba al propietario de un fundo rústico para hacerlo entrar en posesión de los objetos que su colono ó arrendatario había afectado especialmente al pago de los alquileres.

Este interdicto se podía intentar no solo contra el colono, sino contra todo poseedor ilegal. Coexistía con el *interdicto Salviano, la accion Serviana*, aunque ambos deferían en sus efectos: el interdicto producía una solución momentánea y la acción resolvía definitivamente.

Se sostiene por algunos tratadistas que existió un interdicto *cuasi salviano* como hubo acción *cuasi serviana*; pero esta aseveración parece falsa porque el citado interdicto no se aplicó nunca á otros acreedores que los hipotecarios.

El *interdictum possesorium* que se concedía al adjudicatario de los bienes de un deudor en quiebra, para procurarle la posesión requerida

ara usucapir, convirtiendo de este modo su dominio bonitario en quiritario.

El *interdicto sectorium* se acordaba al comprador de bienes públicos con el mismo fin que el nterdicto anterior.

Finalmente, en esta sub-división, es digno de nencionarse el interdicto *quod legatorum*, que se cordaba al heredero contra los individuos que itulándose legatarios se habían apoderado de lgunos bienes de la herencia, que el primero recobraba prestando una fianza, que se llamaba *legatorum*.

Los interdictos *retinendi possesionis causa*, tenían por objeto y fin conservar una posesión disputada, cuando había litigio sobre la propiedad de una cosa y duda sobre cual de las partes poseía y cual debía reivindicar.

Dos son los principales interdictos de esta clase: el *uti possidetis*, que se aplicaba especialmente á los prédios rústico y urbanos y que se concedía al litigante que en la época del edicto podía oponer á su contrario una posesión exenta de todo vicio. Era viciosa la posesión cuando se adquirió por violencia, clandestinamente ó á título precario *(nec vic, nec clam, nec precario.)*

El interdicto *utrubi*,que en su origen se concedía al que había poseído la mayor parte del año si su posesión fué pacífica, pública y no oculta respecto de su adversario, se daba según el nuevo derecho al poseedor de la cosa disputada en el momento del litigio.

Este interdicto se usó al principio exclusivamente para los bienes muebles, pero Justiniano lo asimiló al anterior y para invocar ambos, era

necesario haber poseído en nombre propio l bienes disputados: por manera que los depo tarios ó el que tuviese en su poder bienes d otro, no podía invocar los interdictos *utrubi* *utis posidetis*.

Los interdictos para recobrar la posesión, *recuperandæ possessionis causa*, se concedían par que recobrase la posesión aquel que injustamen te fué privadò de ella. Los principales eran:

El *interdicto undi ar*, que se daba en favor d que había sido despojado de lo suyo por l fuerza ó violencia; pero debía interponerse e el término de un año contando desde el emple de aquellas.

Al principio solo se concedió este interdict para el despojo de inmuebles, más una consti tución de Valentiniano 1º lo hizo extensivo á los muebles, asignando también penas consis tentes en la pérdida de todo derecho á la pro piedad ó en pagar el valor de lo arrebatad los despojadores, que eran también castigados después con las penas que les imponía la ley Julia, ya hubieran efectuado la violencia con armas ó sin ellas, por sí mismos ó valiéndose de otros.

El interdicto *de clandestina possessione*, otor gábase contra los que se habían apoderado clandestinamente de un mueble ageno. Este interdicto, que sólo se menciona en un texto del Dijesto cayó sin duda en desuso cuando se dispuso que la posesión clandestina no debía tomarse en consideración.

El *interdicto precario*, dióse en favor de la persona que había hecho una concesión por ti

ulo precario. Era perpétuo, y aunque al principio se empleaba solo en los litigios de bienes nmuebles, en el último período de la legislación bizantina, hízose también extensívo á los muebles.

Los interdictos *tam adiscipiendæ quam recúperandæ possessionis*, tenían un doble objeto: otorgábase para adquirir una posesión que jamás se tuvo y otras veces para recuperar una posesión perdida.

Estos interdictos, que tambien se han llamado dobles, fueron desconocidos hasta 1836, fecha en que se descubrió en la biblioteca imperial de Viena, un fragmento de las instituciones de Ulpiano, en que este jurisconsulto los explicaba.

Había tres interdictos de esta clase: *quem usufructum*, breve y oscuramente explicado por Ulpiano; *quem fundum*, que tenía lugar cuando en la reivindicación de un fundo, el demandado se negaba á prestar la fianza *judicatum solvi* y se ponía entónces el predio bajo la guarda del demandante que adquiría la posesión, si no la había tenido nunca ó la recuperaba, si la había perdieo. En el primer caso, el interdicto era *adipiscendæ possessionis* y el segundo *recuperandæ possessionis*; mas el interdicto no privaba al demandado de su derecho de reinvindicar, que podía ejercitar probando que era el legítimo propietario.

El *interdicto quem hereditatem*, se acordaba como el precedente, á los casos en que el demandado se negase á prestar la *la fianza judicatum* al ejercitar la petición de herencia.

Tambien existían algunos interdictos para garantir la cuasi posesión: así el que era turbado en el uso de una servidumbre real ó personal, reclamaba por los interdictos *uti posidetis*, *utrubi*, *unde vi* y otros especiales, como los de *etineri actuqui privato* y de *fonte*, que corresponden al *uti posidetis:* el primero relativo al derecho de paso por un fundo, y el otro al derecho de sacar agua de un pozo.

III.

Es un hecho que en los primeros tiempos, los interdictos fueron de notoria utilidad, pues como medidas de orden público, dictadas por los Pretores, contenían los abusos, evitaban en muchos casos los litigios y contribuían notablemente á asegurar el mayor respeto por la ley porque era más difícil proceder mal contra un mandato expreso y singular de la autoridad que hacerlo cuando no existía ninguna prohibición.

Pero los interdictos cayeron en desuso con motivo de la nueva organización que durante el Bajo Imperio se dió á la administración de justicia: habiendo desaparecido las dos instancias de los dos sistemas, el de las acciones de la ley y el formulario, circunscritas á un sólo funcionario las misiones antes confiadas á dos, de instruir los procesos y pronunciar las sentencias; puesto en vigor en una palabra el procedimiento extraordinario, los interdictos dejaron de tener su primitiva utilidad, su anterior importancia y las partes obraban en los casos

que en otro tiempo hubieran sido materia de un interdicto, como si éste se hubiese otorgado y pedían directamente aquello que habrían tenido que pedir por la acción útil á que hubiese dado lugar la inejecución del interdicto.

Proposición Nº 127.

SUMARIO.—I Restitucion in integrum objeto de este privilegio.—II condiciones á que estaba sujeto,—III. Efectos que producía.

I.

Restitutio in integrum, ó restitución integral, es el beneficio que la ley acuerda á algunas personas para anular los contratos en que han sufrido una lesión enormísima; es decir, en que han sido perjudicados en mas de las dos terceras partes del valor de aquello que compraron ó vendieron.

No vamos pues á ocuparnos de una vía de derecho destinada á reparar la ausencia ó falta de una acción civil, como en el caso del interdicto y de la acción pretoriana; sino que vamos á tratar de un socorro extraordinario puesto por el Pretor á disposición de algunas personas favorecidas, con el objeto de sustraerlas á los perjuicios inevitables que les ocasionaría la ex-

tricta y rigurosa aplicación de las reglas del derecho civil.

La intervención pretoriana se manifiesta pues por el empleo de un medio distinto á los del derecho común: en lugar de acordar al favorecidoun arbitrio legal destinado á combatir y paralizar el acto civil que lo ha dañado, el Pretor considera nulo este acto y lo da por no practicado, exijiendo que las cosas se repongan al estado en que estuvieron antes de ocasionarse la lesión ó el daño.

II.

El beneficio de restitución in integrum estaba sujeto á esas condiciones: en primer lugar, no se acordaba en todos los casos, sino en cierto número de hipótesis sucesivamente admitidas por la práctica pretoriana, los que están expresamente enumeradas en un edicto.—Estas causas de restitución se reducen á dos grupos y, una sola, la restitución por causa de menor edad, es la que se aplica á los que han cumplido veinticinco años: las demás se refieren á los mayores y se distinguen de la primera en que suponen una circunstancia especial y excepcional que motiva precisamente la restitución.—Estas circunstancias son: *el dolo*, *la violencia*, *el error*, *la capitis*, *diminutio minima y la ausencia;* además el edicto contenía una cláusula por la que los Pretores se reservaban el derecho de ordenar la *restitución in integrum* cuando la equidad lo exijiera

Segunda: la *restitución in integrum* se decla-

raba solo después de un examen minucioso del fundamento en que apoyaba su pretensión el que la pedía y cuando era evidente la existencia y gravedad del daño que se le había ocasionado.

Tercera: el Pretor no concedía este beneficio sino en defecto de cualquiera otra medida de derecho que permitiese reparar el perjuicio causado; y por eso se decía que la restitución era el último arbitrio, y

Cuarta: como el derecho de la restitución era dar por no hecho un acto válido según la ley civil, no es justo dejar que la parte lesionada pueda en cualquier època pedir la invalidación del acto, razón por la cual se le concedió sólo el plazo de un año para solicitar el beneficio, más Justiniano modificó este término elevándolo á cuatro años.

Tales eran las condiciones que el derecho honorario exijía para conceder á alguien el beneficio de *restitutio in integrum* que representa la gran influencia que el derecho pretoriano ejerció sobre el escrito; pero, en honor de la verdad, debe hacerse notar que los Pretores usaron de esta poderosísima facultad con una justicia, parquedad y prudencia, que les conquista inmarscesible fama, al menos, en los bellos tiempos del derecho.

III.

El primero y principal efecto de este beneficio consistía en reponer las cosas al estado que tenían antes de ocacionarse la lesión; v. g.; si

un menor vendía una cosa, un fundo, por ejemplo, y se le acordaba después el beneficio de restitución, el comprador tenía que devolver el fundo y el valor de los frutos. desde la época de la venta y el menor devolverle el precio que en esa fecha recibió.

Otras veces el Pretor, después de haber declarado la restitución, devolvía al demandante la acción que hubiera ejercitado á no concederle el beneficio: entonces el Pretor le permitía intentar ficticiamente esta acción, y la ficción consistía en suponer que el acto rescindido no había tenido lugar y el demandante ejercía la acción reivindicatoria, lo que le permitía sacar la cosa del poder de un tercer poseedor.—En estos casos no eran los mismos los provechos, pero el Pretor procedía de este segundo modo, cuando se veía llevado á verificaciones de hecho ó de derecho difíciles y complicadas y cuando no quería que la restitución, declarada en principio y en homenaje á la equidad, produjese todos sus efectos, por haber encontrado alguna imperfección ú oscuridad en los hechos, merced á los cuales no se presentaba con toda la luz que era de desearse, en esos casos, el derecho lesionado.





